



universität
wien

Dissertation

Titel der Dissertation:

Die Direktvergabe. Ein unlösbares Problem?

Mag. Tobias Tretzmüller

Angestrebter akademischer Grad:

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2012

Studienkennzahl laut Studienblatt: A 783 101

Dissertationsgebiet laut Studienblatt: Rechtswissenschaften

Unter der Betreuung von: Univ.-Prof. Dr. Bernhard Raschauer

Vorwort

Da ich nun seit einigen Jahren in Kanzleien beschäftigt bin, welche ihren Schwerpunkt auf das Vergaberecht gerichtet haben, möchte ich meine Doktorarbeit in diesem Rechtsgebiet ansiedeln. Das Rechtsgebiet Vergaberecht gefällt mir zum einem aufgrund seiner Schnelllebigkeit (schließlich handelt es sich um ein sehr junges Rechtsgebiet welches sich erst vollständig entwickeln muss) und zum anderem aufgrund der engen Verknüpfung mit dem Europarecht.

Zu dem Thema „Direktvergabe“ bin ich im Zuge meiner ersten Diplomarbeit gestoßen. Der Titel: „*Die Neuregelung der Direktvergabe im Zuge der BVergG – Novelle 2010*“ wurde mir von RA Mag. *Martina Harrer* vorgeschlagen. Für diesen Tipp bin ich Ihr sehr dankbar. Als ich in der Folge bei meiner zweiten Diplomarbeit: „*Strafrechtliche Delikte im Vergaberecht*“ erneut mit der Direktvergabe konfrontiert wurde, war der Weg für diese Dissertation geebnet.

Ich möchte mich an dieser Stelle herzlich bei RA Mag. *Martina Harrer* sowie RA Dr. *Kurt Dullinger* und RA Mag. *René Schneider* bedanken, welche mir stets mit Rat und Tat zur Seite gestanden sind und mir immer wieder neue Denkanstöße gegeben haben. Durch die Bibliothek der Kanzlei war ich stets sehr gut mit Literatur versorgt.

Außerdem möchte ich mich bei der *Heid-Schiefer Rechtsanwälte OG* bedanken. In meiner Zeit als Praktikant konnte ich erste Einblicke in das Vergaberecht gewinnen.

Dublin, April 2012

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1. Einleitung	12
Kapitel 2. Grundlagen des Vergaberechts	14
Kapitel 2.1: Was regelt das Vergaberecht?	14
Kapitel 2.2: Die nationale (Direkt-,) Vergabe öffentlicher Aufträge im europäischen Kontext	15
Spezialthema: Die zwar iSd § 41 BVergG 2006 rechtmäßige aber zugleich auch unionsrechtswidrige Direktvergabe	
Kapitel 2.3: Die Grundprinzipien des Vergaberechts	21
Spezialthema: Die Eignungsprüfung bei der Direktvergabe	
Kapitel 2.4: Die wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts	26
Kapitel 3. Die Direktvergabe	29
Kapitel 3.1: Die verschiedenen Verfahrensarten des BVergG	29
Spezialthema: Im Zweifelsfall eine Direktvergabe?	
Kapitel 3.2: Das Wesen der Direktvergabe	35
Spezialthema: Die Direktvergabe und „Freunderlwirtschaft“	
Kapitel 3.3: Die formellen Voraussetzungen für eine Direktvergabe gem § 41 BVergG 2006	41
Spezialthema: Das Verbot des Auftragssplittens	
Spezialthema: Die „Kleinlosregel“ im Zusammenhang mit der Direktvergabe	
Spezialthema: Kein Schriftformgebot bei der Direktvergabe?	
Kapitel 3.4: Die Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten	50
Spezialthema: Kritik und Verbesserungsvorschläge zur Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten	
Kapitel 3.5: Die Dokumentationspflichten bei der Direktvergabe	58
Spezialthema: Keine Dokumentationspflicht bei der Direktvergabe?	
Spezialthema: Kein Vergabevermerk bei der Direktvergabe?	
Kapitel 3.6: Die Direktvergabe im Sektorenbereich	66
Kapitel 3.7: Die Schwellenwerte-Verordnung 2009	68
Spezialthema: Kritik an der Schwellenwerte-Verordnung 2009	
Kapitel 3.8: Die historische Entwicklung der Direktvergabe	79
Kapitel 4. Rechtsschutz bei einer unzulässigen Direktvergabe	84
Kapitel 4.1: Die Zersplitterung des Rechtsschutzes	84
Kapitel 4.2: Überblick über den Rechtsschutz auf Bundesebene	87
Kapitel 4.3: Unionsrechtliche Vorgaben an den Rechtsschutz bei unzulässigen Direktvergaben	100
Spezialthema: Die unmittelbare Anwendung der Richtlinie 89/665/EWG	
Spezialthema: Kritische Betrachtung der absoluten Anfechtungsfrist bei der Direktvergabe	
Kapitel 4.4: Das Nachprüfungsverfahren bei der Direktvergabe	117
Spezialthema: Durchbrechung des Präklusionssystems aufgrund eines Wurzelmangels?	
Spezialthema: Die Wahl der Direktvergabe als einzig gesondert anfechtbare	

Entscheidung	
Kapitel 4.5: Das Provisorialverfahren bei der Direktvergabe.....	129
Kapitel 4.6: Das Feststellungsverfahren bei der Direktvergabe.....	131
Kapitel 4.7: Die Verfahrenskosten bei der Direktvergabe.....	133
Spezialthema: Das problematische Verhältnis bei der Direktvergabe: Hohe Prozesskosten - Geringer Auftragswert	
Kapitel 4.8: Rechtsschutz vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes.....	138
Kapitel 4.9: Kontrolle durch den Rechnungshof.....	139
Kapitel 4.10: Rechtsschutz vor den ordentlichen Zivilgerichten.....	141
Spezialthema: Der zivilrechtliche Schadenersatzanspruch bei der Direktvergabe als praktisch totes Recht	
Kapitel 4.11: Rechtsschutz nach dem UWG im Fall von unzulässigen Direktvergaben....	160
Kapitel 4.12: Rechtsschutz in den Ländern.....	165
Kapitel 4.13: Strafrecht im Zusammenhang mit der Direktvergabe.....	171
Spezialthema: Strafrechtliche Generalprävention zur Verhinderung unzulässiger Direktvergaben	
Kapitel 4.14: Rechtsschutz durch die europäischen Instanzen.....	178
Kapitel 4.15: Zusammenfassende Analyse des Rechtsschutzes bei unzulässigen Direktvergaben.....	185
Kapitel 5. Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Direktvergabe.....	186
Kapitel 5.1: Der Begutachtungsentwurf für eine BVergG-Novelle 2011.....	186
Kapitel 5.2: Die Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung bis zum 31.12.2012.....	195
Kapitel 5.3: Die BVergG-Novelle 2012.....	197
Kapitel 6. Rechtsvergleich: Die „Direktvergabe“ im irischen Vergaberecht.....	203
Kapitel 6.1: Einleitung und persönliche Anmerkung.....	203
Kapitel 6.2: Grundsätzliches zum irischen öffentlichen Beschaffungswesen.....	204
Kapitel 6.3: Die Vergabe von Bagatellaufträgen im irischen Recht.....	205
Kapitel 7. Zusammenfassung.....	207
Anhang (Lebenslauf).....	210

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweisen der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AG	Auftraggeber
AktG	Aktiengesetz
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BgldVergRSG	Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
bspw	beispielsweise
BVA	Bundesvergabeamt
BVerfG	Deutsches Bundesverfassungsgericht
BVergG 2006	Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung Novelle 2010
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
EB	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaft
ect	etcetera
EGV	Vertrag über die Europäische Gemeinschaft
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verfahrensgesetzen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ERP	European Recovery Program
ErläutRV	erläuternde Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
exkl	exklusive
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel

inkl	inklusive
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
IT	Informationstechnik
iVm	in Verbindung mit
JB1	Juristische Blätter
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KVergRG	Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz
lit	litera (Buchstabe)
LKH	Landeskrankenhaus
Mio	Millionen
mM	meiner Meinung
Mrd	Milliarde
NÖ	Niederösterreich
NÖVerg-NG	Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz
Nr	Nummer
ÖBB	Österreichische Bundesbahn
OGH	Der Oberste Gerichtshof
ÖNORM	Österreichische Normen
OÖVergRSG	Oberösterreichisches Vergaberechtsschutzgesetz 2006
ÖWAV	Österreichische Wasser-, und Abfallwirtschaftsverband
RL	Richtlinie
RMRL	Rechtsmittelrichtlinie
Rn	Randnummer
RPA	Zeitschrift Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe
Rs	Rechtssache
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
S	Satz
sog	sogenannte
StGB	Strafgesetzbuch
StVergRG	Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz
S.VKG	Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007
TED	Tender Electronics Daily
TVerg-NG	Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
uU	unter Umständen
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH
vgl	vergleiche
VKS	Vergabekontrollsenat
VlbgVerg-NG	Vorarlberger Vergabe-Nachprüfungsgesetz
VO	Verordnung
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WKO	Wirtschaftskammer Österreich
WLVergG	Wiener Landesvergabegesetz
WVRG	Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht

Literaturverzeichnis

- Aicher*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009)
- Aicher*, Der europäische Rechtsrahmen für den Bieterschutz in ÖGEBAU, Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2009)
- Aicher* in *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechtes, Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Orac-Verlag
- Aicher*, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010)
- Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht II (1988), Springer-Verlag
- Apathy* in *Schwimann*, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2006)
- Auprich* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)
- Berger* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)
- Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010
- Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010
- Benke/Meissel/Luggauer*, Juristenlatein, 3. Auflage, Manz-Verlag
- Walter Berka*, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2. Auflage (2008)
- Blaha* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)
- Breitenfeld*, Vergaberecht und unlauterer Wettbewerb in: ÖGEBAU (Hrsg), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der ÖGEBAU (2008)
- Budischowsky* in *Schramm* ua (Hrsg), BVergG 2006 Kommentar, 1. Lfg (2009)
- Casati/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2006
- Chojnacka* in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006
- Deling*, Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“, NZBau 12/2011
- Elsner*, Vergaberecht, Linde-Verlag (1999)
- Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich, Linde-Verlage, Wien 2004
- Essletzichler*, Antragslegitimation ausgeschiedener und auszuschheidender Bieter, in Österreichische Gesellschaft für Baurecht/Österreichisches Institut für Baurecht, Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht – Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (2008)
- Estermann*, Auswirkungen von rechtswidrigen Systementscheidungen und systemwidrigen Auftraggeberfestlegungen auf den Vergaberechtsschutz, RPA 2008
- Feuchtmüller/Kraus*, Wbl 2010, 579-583

Fink, Änderungen im Vergaberechtsschutz, ecolex 2006

Fink/Heid in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Fink/Hofer in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Fössl, Entscheidungsanmerkung, RPA 2007

Michael Fruhmann, Die Schwellenwertverordnung 2009, ZBV 2009/43

Fruhmann, Der gemeinschaftsrechtliche Vertragsbegriff, In-House und das Transparenzprinzip, ZVB 2008

Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner, BVergG 2006, 3. Auflage (2010)

Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 6. Auflage

Fuchs/Reindl, Strafrecht Besonderer Teil 1 (2003), Springer-Verlag

Claudia Fuchs, Die Schwellenwertverordnung 2009 zum BVergG 2006 zur Entscheidung EuGH 15.5.2008

Th. Gruber in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 328

Gruber, Kognitionsbefugnis, Antragsbedingung sowie Ermittlung- und Entscheidungsbefugnis des Bundesvergabeamtes, in *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004)

Hahnl, BVergG 2002, Neuer Wissenschaftlicher Verlag (2002)

Heid in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Heid/Schiefer/Fink, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2

Heid Schiefer Rechtsanwälte, Vergaberecht INFO-Letter, Ausgabe 8/September 2007

Heiermann/AX, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Bauverlag (1997)

Hochmayr, Wirtschaftskriminalität und Vergaberecht, Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftsrecht (2008)

Hoffer/Schmölz, EuGH fordert verstärkten Bieterschutz, ecolex 2002

Holly, Private Enforcement im Vergaberecht, ecolex 2006

Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009)

Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003)

Keschmann in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ I (2006)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006)

Krejci in *Rummel*, Kommentar zum ABGB I (2002) § 1152

Latzenhofer in *Gast* (Hrsg) Bundesvergabegesetz Leitsatzkommentar, 1. Auflage (2010)

Peter Lewisch, Regional unterschiedliche Strafpraxis: Gut oder Schlecht?, JRP 2001

Madl in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Annemarie Mille, Verlängerung der Schwellenwertverordnung, RPA 2011

Reinhard Moos, Richter und Strafrechtsnorm, JBl 1996

Müller-Wrede in NZBau 11/2011, Kausalität des Vergaberechtsverstoßes als Voraussetzung für den Rechtsschutz

M. Öhler/J. Schramm in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 41

Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1998)

Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Auflage

Aufsatz im Rechtspanorama *der Presse* „Vergaberecht: Bürgermeister sind keine Idioten – eine Verteidigung“ vom 13.4.2009

„Öffentliche Aufträge: Ein Schlupfloch wie ein Scheunentor“ im Rechtspanorama vom 05.04.2009 in *der Presse*

Petra Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht, Rechtsschutz bei fehlerhafter Auftragsvergabe (2002)

Reisner in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* , BVergG-Kommentar (2009) § 325

Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5

Resch in Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, Hrsg *Griller/Holoubek*

Rill in *Rill/Schäfer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (seit 2001)

Rindler, Bundesvergabegesetz-Novelle 2009 – ein Überblick, RPA 2010

Rindler in *Gast* (Hrsg), Bundesvergabegesetz Leitsatzkommentar, 1. Auflage (2010)

Rosenkranz, Gebühren in Nachprüfungsverfahren – Teil 1, ZVB 2008/22

Rosenkranz in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 2

Rummel, Unlauterer Wettbewerb, in *Koziol* (Hrsg), Österreichisches Haftpflichtrecht II (1984)

Rummel/Lux in *Koppensteiner* (Hrsg), Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/3, Vergaberecht

Sachs in RPA 1/2010 Vorsitzender des Bundesvergabeamtes – „Das war 2009, das kommt 2010“

Sachs in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG Kommentar (2009) § 291

Schabel, Vergaben ohne Ausschreibung – ihre Nachprüfung nach deutschem Recht, ZVB 2004/71

Schäfer in *Motzke/Pietzcker/Prieß*, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil A (2001)

Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 23

Schuhmacher/Glanzer, Vergaberecht und Bauvertragsrecht November 2011, Beschränkung des Rechtsschutzes nach dem UWG im Fall von Vergaberechtsverstößen?

Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011

Stalzer/Porsch, Die Rechtsmitteländerungsrichtlinie 2007/66/EG und deren Umsetzung (Teil II), ZVB 2009/54

Stempkowski/Holzinger in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Streinz, Europarecht, 8. Auflage

Sturm in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Thienel in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2005) § 6

Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht, 5. Auflage

Trauner in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht, 3. Auflage (2010)

Walther/Hauck in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage (2010)

Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht, 2. Auflage

Kapitel 1. Einleitung

Das in der Praxis weitaus wichtigste Instrument der Beschaffungstätigkeit des Staates ist das Vergaberecht. Dabei bezieht der Staat die benötigten Güter und Leistungen grundsätzlich unter denselben Bedingungen wie ein Privater. Der „Staat“ tritt am Markt als Nachfrager auf und beauftragt anbietende Unternehmer indem er entsprechende (zivilrechtliche) Verträge abschließt.

Das Vergaberecht kennt für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen verschiedene Vergabearten. Diese Vergabearten variieren in ihrer Formalität und gewähren dem Auftraggeber auf verschiedene Weise einen gewissen „Spielraum“. Eine dieser Vergabearten ist die sog Direktvergabe. Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen (§ 25 Abs 10 BVergG 2006). Die Direktvergabe ist jene Vergabeart, bei welcher dem Auftraggeber der größte Spielraum gewährt wird. Die öffentliche Hand kann ihren Auftragnehmer nahezu willkürlich auswählen. Aufgrund dieser weitgehenden Formfreiheit ist sie allerdings nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 40.000,-¹ zulässig. Aufgrund der Schwellenwerte-Verordnung ist die Direktvergabe momentan sogar bis zu einem Auftragswert von EUR 100.000,- möglich.

Mit der Möglichkeit, Aufträge bis zu einem bestimmten Auftragswert nahezu willkürlich zu vergeben, wird der Tatsache Rechnung getragen, dass die Durchführung eines oft teuren und zeitaufwendigen förmlichen Vergabeverfahrens bei wertmäßig relativ geringfügigen Leistungsvergaben in keinerlei ökonomischer Relation zum Wert der Leistung steht.

Wenig überraschend erscheint, dass mit dieser Vergabeart verschiedene Probleme einhergehen. Vor allem im Bereich des Rechtsschutzes.

Im Zuge dieser Dissertation möchte ich die **verschiedenen Problembereiche** aufzeigen, analysieren und eventuelle Verbesserungsvorschläge entwickeln.

Im Laufe meiner Forschungstätigkeit haben sich für die Direktvergabe wichtige Änderungen (Begutachtungsentwurf für eine BVergG-Novelle 2011, **BVergG-Novelle 2012** und Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung) ergeben.

Auf diese aktuellen Entwicklungen soll in speziellen Kästchen näher eingegangen werden.

¹ Stand: BVergG 2006 idF Novelle 2010.

Im Kapitel 5. (siehe Seite 186) werde ich auf die aktuellen Entwicklungen im Bereich der Direktvergabe im Detail eingehen.

Da ich den Großteil meiner Forschungstätigkeit in Dublin verbringe, möchte ich außerdem einen kurzen Überblick über das irische Vergaberecht gestalten. Spezielles Augenmerk soll dabei auf die Vergabe von Bagatellaufträgen gerichtet werden.

Kapitel 2. Grundlagen des Vergaberechts

Kapitel 2.1: Was regelt das Vergaberecht?

Der Staat (Bund, Länder, Gemeinden) aber auch andere „staatsnahe“ Einrichtungen benötigen zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf dem Markt angebotene Waren und Dienstleistungen. Um diese Leistungen zu beziehen, geht die öffentliche Hand dabei grundsätzlich wie eine private Person vor. Der Staat sucht sich einen, ihm als geeignet erscheinenden Partner und schließt mit diesem einen zivilrechtlichen Vertrag über die gewünschte Leistung ab. Man spricht in diesem Fall von der Vergabe eines öffentlichen Auftrages².

Da sich der Staat bei der Vergabe solcher öffentlicher Aufträge keiner Form der Hoheitsverwaltung bedient (Verordnung, Bescheid, Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls-, und Zwangsgewalt), handelt er im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung.

Jedoch ist die Privatautonomie der öffentlichen Hand bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht uneingeschränkt. Der Staat kann seinen Vertragspartner nicht nach seinem freien Willen auswählen. **Vielmehr wird die Privatautonomie der öffentlichen Hand im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe durch das Vergaberecht eingeschränkt.** Für diese Einschränkung sprechen ua verfassungsrechtliche³, volkswirtschaftliche⁴ und ökonomische Argumente.

Im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe wirken die Kräfte des freien Marktes nicht, da die öffentliche Hand auch dann nicht vom Markt verdrängt wird, wenn sie schlechte Leistungen einkauft oder überhöhte Preise bezahlt. Aufgrund dieser Besonderheiten spricht man auch von einem „parallelen“ oder „sekundären“ Markt⁵. Diese Sonderstellung möchte das Vergaberecht ausgleichen, indem – nach Durchführung eines freien und lauten Wettbewerbs sowie unter Gleichbehandlung aller Bieter – die Vergabe an den Bestbieter

² Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 701].

³ Zur Fiskalgeltung siehe ua VfSlg 13.975/1994 wonach „...für die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch öffentlich-rechtliche Körperschaften dieselben grundrechtlichen Schranken wie für staatliche Hoheitsakte (gelten)“.

⁴ Ökonomische Analysen quantifizieren die Summe der öffentlichen Aufträge in Österreich mit über EUR 61 Mrd pro Jahr.

⁵ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

vorgeschrieben wird. Dadurch soll der Staat zu einer ökonomischen Wirtschaftsführung verpflichtet werden.

Kapitel 2.2: Die nationale (Direkt-,) Vergabe öffentlicher Aufträge im europäischen Kontext

Das österreichische Vergaberecht ist durch unionsrechtliche Vorgaben regelrecht „**diktiert**“.

Eines der Hauptanliegen der Europäischen Union ist die Vollendung eines (möglichst) grenzenlosen Binnenmarktes⁶. Vor allem im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe führen protektionistische Vorgehensweisen und nationale Gepflogenheiten zu einer Abschottung der nationalen Märkte⁷. Öffentliche Aufträge werden nur ungern an Ausländer vergeben.

Mit dem Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarktes aus dem Jahr 1985, machte die Europäische Kommission die vollständige Liberalisierung des öffentlichen Auftragswesens schließlich zu einem Hauptanliegen der Gemeinschaft. Als wesentliche Gründe für das Vorantreiben des Liberalisierungsprozesses wurden der Abbau technischer Hindernisse und Einsparungen im Staatshaushalt, vor allem aber auch eine durch Marktöffnung und grenzüberschreitenden Wettbewerb bewirkte Steigerung der Rationalität von Vergabeentscheidungen und die Verbesserung der Produktionsstruktur in der Gemeinschaft angeführt⁸.

Zwar obliegt die gesetzliche Regelung des nationalen Beschaffungswesens alleine dem Bundesgesetzgeber⁹, doch ist dieser bei seiner Umsetzung an unionsrechtliche Vorgaben gebunden. Der Einfluss der Europäischen Union auf die nationalen Vergabevorschriften erfolgt dabei auf zwei Ebenen. Einerseits auf **primärrechtlicher Ebene** und andererseits auf **sekundärrechtlicher Ebene**.

➔ Das Primärrecht besteht aus unterschiedlichen Rechtsquellen, ist in seinem Rang und seinem Charakter aber einheitlich¹⁰. Unter das Primärrecht fallen zum einen die Gründungsverträge. Dabei handelt es sich vor allem um den EUV sowie den AEUV, welcher am 1.12.2009, mit dem Vertrag von Lissabon, in Kraft getreten ist. Zum Primärrecht zählt man weiters auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, welche durch die Rechtsprechung des

⁶ Die Beschaffung von Waren, Dienst-, und Bauleistungen durch die öffentliche Hand beläuft sich unionsweit jährlich auf in etwa EUR 1.500 Milliarden.

⁷ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

⁸ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

⁹ Art 14b Abs 1 B-VG.

¹⁰ Streinz, Europarecht, 8. Auflage, [Rz 405].

EuGH entwickelt wurden. Im Zusammenhang mit dem Vergaberecht kommt hier vor allem den Grundfreiheiten (Warenverkehrs-, Niederlassungs-, Dienstleistungs-, und Kapitalverkehrsfreiheit) sowie dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot eine wichtige Rolle zu.

Die unmittelbare Wirkung von Primärrecht wird ergänzt durch eine Harmonisierung der nationalen Vergabevorschriften auf sekundärrechtlicher Ebene um so einen „vollendeten Binnenmarkt“ zu schaffen.

➔ Unter sekundärrechtlichen Bestimmungen versteht man vom Rat, der Kommission oder dem Europäischen Rat und der Kommission gemeinsam erlassene Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse sowie Empfehlungen und Stellungnahmen. Während Verordnungen unmittelbar anzuwenden sind, müssen Richtlinien von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden und haben daher (grundsätzlich) keine unmittelbare Wirkung.

Im Unterschied zum EU-Primärrecht greift die Harmonisierung des Vergaberechts durch das EU-Sekundärrecht auf umfassende Weise. Verordnungen und Richtlinien kommen auch dann zur Anwendung, wenn konkret kein grenzüberschreitender Vorgang oder eine sonstige Auslandsbeziehung gegeben ist. Ihnen kommt daher eine ganz entscheidende marktöffnende Wirkung zu. Auch die innerstaatlichen Beschäftigungsmärkte werden damit dem Wettbewerb geöffnet¹¹.

Dennoch bewirken **Vergaberichtlinien** keine Voll-, sondern lediglich eine Teilharmonisierung des Vergaberechts. Zwar werden bestimmte Bereiche von den Richtlinien mitunter sehr genau geregelt, wodurch der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten erheblich eingeschränkt wird. Dort wo Richtlinien allerdings keine oder nur grundsätzliche Vorgaben treffen, kommt den Mitgliedstaaten aber ein gewisser Regelungsspielraum zu, welcher in manchen Bereichen auch strengere nationale Regelungen zulässt¹².

Es ergingen vier – das Vergaberecht betreffende – (maßgebliche) Richtlinien. Zwei Richtlinien¹³ regeln das materielle Vergabeverfahren, während die anderen zwei den Vergaberechtsschutz betreffen¹⁴.

¹¹ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

¹² Zu beachten sind hier der unionsrechtliche Effektivitätsgrundsatz bzw der Äquivalenzgrundsatz, wonach die Anwendung von nationalen Normen die Unionsinteressen nicht gefährden dürfen. EuGH, Rs. 205-215/82, Milchkontor ua/Bundesrepublik Deutschland.

¹³ RL 2004/18/EG (Vergaberichtlinie) sowie RL 2004/19/EG (Sektorenrichtlinie).

¹⁴ RL 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) sowie RL 92/13/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie).

Zu beachten ist, dass sich die **sekundärrechtlichen Vorgaben lediglich auf den Oberschwellenbereich**¹⁵ beziehen. Ein rechtswidriges Vergehen im Unterschwellenbereich ist daher nicht sekundärrechtswidrig. Das bedeutet allerdings nicht, dass im Unterschwellenbereich das Unionsrecht überhaupt nicht zu beachten ist. Die primärrechtlichen Bestimmungen (Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot, Gleichheitssatz, Grundfreiheiten etc) sind nämlich auch in diesem Bereich (unmittelbar) zu beachten. Nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁶ sind die **primärrechtlichen Vorgaben jedoch nur bei einer „Binnenmarktrelevanz“**¹⁷ relevant. In diesem Zusammenhang hat der EuGH die Nichtanwendbarkeit des Primärrechts – und der daraus abgeleiteten Grundsätze – bei Vergaben als sachlich gerechtfertigt angesehen, wenn der Auftrag aufgrund seiner sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse ist¹⁸. Ansonsten bejaht der EuGH eine Binnenmarktrelevanz bereits dann, wenn Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten ein potenzielles Interesse an einem bestimmten Auftrag haben könnten.

➔ Somit lässt sich **bezüglich der Direktvergabe** folgendes festhalten. Da die Direktvergabe nur im Unterschwellenbereich zulässig ist¹⁹, sind die sekundärrechtlichen Vorgaben für diese nicht relevant. Allerdings sind die primärrechtlichen Bestimmungen bei einer Direktvergabe zu beachten, sofern eine Binnenmarktrelevanz gegeben ist.

Zum primärrechtlichen Unionsrecht wird auch der vom EuGH²⁰ entwickelte **Transparenzgrundsatz** gezählt. Demnach muss auch im Unterschwellenbereich „(ein) *angemessener Grad von Öffentlichkeit* (sichergestellt werden), *der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden*“²¹. Daraus leitet die Europäische Kommission die Pflicht zur Veröffentlichung einer allgemein zugänglichen Bekanntmachung **vor** Auftragsvergabe ab²². Die Veröffentlichung muss jedoch nicht in jener Form erfolgen, wie sie von den sekundärrechtlichen Vorschriften gefordert wird. Es kann daher im Anwendungsbereich des EU-Primärrechts genügen, wenn ein Beschaffungsvorgang in einer dem Gegenstand

¹⁵ zur Zerteilung zwischen Oberschwellen-, und Unterschwellenbereich (siehe Seite 29).

¹⁶ EuGH 21.7.2005, Rs C-231/03, Slg 2005, I-7278 (Coname).

¹⁷ EuGH Rs C-507/03, Kommission/Irland; EuGH Rs C-412/04, Kommission/Italien.

¹⁸ Berger in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 16].

¹⁹ § 41 BVergG 2006 im 3. Abschnitt (Nur im Unterschwellenbereich zugelassene Verfahren) des 2. Teiles des BVergG 2006.

²⁰ EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98 (Teleaustria und Telephonadress) oder EuGH 21.7.2005, Rs C-231/03, Slg 2005, I-7278 (Coname).

²¹ EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98 (Teleaustria und Telephonadress).

²² Claudia Fuchs, Die Schwellenwertverordnung 2009 zum BVergG 2006 zur Entscheidung EuGH 15.5.2008, C-147/06 und C-148/06.

angemessenen, in den Verkehrskreisen üblichen Weise publik gemacht wird²³. Da die Direktvergabe iSd § 41 BVergG 2006 **ohne eine vorherige Bekanntmachung** der Auftragsvergabe stattfindet, widerspricht diese Verfahrensart grundsätzlich dem primärrechtlichen Transparenzgebot.

Spezialthema: Die zwar iSd § 41 BVergG 2006 rechtmäßige aber zugleich auch unionsrechtswidrige Direktvergabe

Nun kann sich folgendes Problem stellen: Eine **nach österreichischem Recht rechtmäßige Direktvergabe** iSd § 41 BVergG 2006 **kann (primär) unionsrechtswidrig sein**, da das unionsrechtliche Transparenzgebot einen höheren Maßstab an die Publizität des öffentlichen Beschaffungsvorgangs stellt, als dies die nationale Vorschrift tut.

Dabei ist wiederum zu beachten, dass die primärrechtlichen Bestimmungen (und somit auch das Transparenzgebot), nur bei einer „Binnenmarktrelevanz“ (siehe Seite 17) zu beachten sind. **Doch wann liegt diese Binnenmarktrelevanz vor?** Diese Entscheidung – ob bzw inwieweit einem Auftrag eventuell „Binnenmarktrelevanz“ zukommt – obliegt grundsätzlich dem Auftraggeber²⁴. Für die Frage, welche Aufträge als binnenmarktrelevant zu betrachten sind, muss der öffentliche Auftraggeber prüfen, ob die Vergabe des potenziellen Auftrags „in hinreichendem Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarkts“ steht²⁵. Bei dieser Entscheidung müssen konkret Elemente beachtet werden wie: Höhe des Auftragswertes, Nähe zu einem anderen Mitgliedstaat, Anzahl der potenziellen Bieter, Auftragsgegenstand sowie Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten usw). Hinsichtlich der Höhe des Auftragswertes gibt es Seitens der europäischen Kommission keine konkreten Vorgaben. Auch die Rechtsprechung des EuGH ist diesbezüglich uneinig. So wurde in einer Entscheidung eine Binnenmarktrelevanz bereits bei einem jährlichen Betrag von EUR 12.020,42,-²⁶ bejaht, während wiederum bei einer anderen Entscheidung dies erst bei einem Auftragswert von EUR 151.700,-²⁷ angenommen wurde. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Schwellenwerte-Verordnung²⁸ eine Direktvergabe bis zur Subschwellenwertegrenze von EUR

²³ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwertverordnung 2009 zum BVergG 2006 zur Entscheidung EuGH 15.5.2008, C-147/06 und C-148/06.

²⁴ *Berger in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 16].

²⁵ *Deling*, Kriterien der „Binnenmarktrelevanz“, NZBau 12/2011.

²⁶ EuGH 18.12.2007, Rs C 220/06.

²⁷ EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03 (Parking Brixen).

²⁸ Schwellenwerte-Verordnung 2009, BGBl II 2009, 125.

100.000,- zulässig ist. In diesem Fall wird man eine Binnenmarktrelevanz schneller annehmen können, als im Falle der Zulässigkeit bis zu „nur“ EUR 40.000,-.

Ausgehend von ihren bisherigen Erfahrungen glaubt die Kommission nun vernünftigerweise davon ausgehen zu können, dass ein Auftrag, dessen Umfang nur einen geringen Prozentanteil der Schwellenwerte erreicht, grundsätzlich für Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten von geringem Interesse ist²⁹. Im Hinblick auf diese Erfahrung will die Kommission daher generell keine Vertragsverletzungsverfahren (siehe Seite 178) mehr einleiten, wenn das Auftragsvolumen nicht 10 % der Schwellenwerte aus der Richtlinie 2004/18³⁰ übersteigt. Dieser Prozentsatz soll jedoch nur als Richtwert verstanden werden³¹.

Grundsätzlich werden also durch eine Leistungsvergabe ohne vorherige Transparenz – wie es bei der Direktvergabe auch der Fall ist – die Grundsätze des Unionsrechtes verletzt (siehe Seite 17 f)³². Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass öffentliche Auftraggeber zwar prinzipiell dazu ermächtigt sind eine Vergabe im Wege des § 41 BVergG 2006 bzw § 201 BVergG 2006 durchzuführen, jedoch hat dieser im konkreten Fall zu prüfen, ob – aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben – nicht doch ein Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Sinne des BVergG durchzuführen ist³³. Der Auftraggeber ist selbst aufgefordert von Fall zu Fall zu entscheiden, ob eine Binnenmarktrelevanz gegeben ist. *„Als Formel kann dabei gelten: je näher der Leistungs-/Ausführungsort an der Staatsgrenze liegt, desto eher ist ein grenzüberschreitendes Interesse auch bei Aufträgen weit unter den Schwellenwerten für die Direktvergabe anzunehmen“*³⁴. Generell wird man vom Vorliegen einer Binnenmarktrelevanz ausgehen müssen³⁵. Da diese Einschätzung entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Nachprüfung unterliegen muss, ist der Auftraggeber dabei jedenfalls gut beraten, über seine Erwägungen Aufzeichnungen zu führen³⁶. Allerdings ist hier ebenfalls in Erwägung zu ziehen, dass das unionsrechtliche Vergaberecht auch dem Grundsatz des effektiven und sparsamen Einsatzes von öffentlichen Mitteln folgt. Unter diesem Gesichtspunkt muss in die Prüfung der Binnenmarktrelevanz auch einfließen, ob ein

²⁹ Reg 4/Kommentar BVergG 2006, Erläuterungen zu § 41, [Seite 2].

³⁰ Bei einem klassischen Auftraggeber ist gem § 12 Abs 1 BVergG 2006 die Grenze zum Oberschwellenbereich bei Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen EUR 200.000,-; bei Bauaufträgen EUR 5.000.000,-. Neue Schwellenwerte via Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011 in Kraft getreten am 01.01.2012.

³¹ Reg 4/Kommentar BVergG 2006, Erläuterungen zu § 41, [Seite 2].

³² Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner, BVergG 2006, [Seite 384].

³³ Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner, BVergG 2006, [Seite 385].

³⁴ Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner, BVergG 2006, [Seite 384].

³⁵ EuGH, 20.5.2010, Rs T-258/06.

³⁶ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

transparenteres Verfahren in diesem Fall überhaupt ökonomisch sinnvoll wäre? Sollte sich herausstellen, dass die Kosten des transparenteren Vergabeverfahrens die Transparenzgewinne übersteigen, so wäre dies wohl ein Umstand welcher **eine Ausnahme vom Transparenzgebot** sachlich rechtfertigen würde³⁷.

➔ Sollte der Auftraggeber somit zu dem Schluss kommen, dass eine Auftragsvergabe – obwohl der Auftragswert unter EUR 100.000,- liegt – eine Binnenmarktrelevanz hat, so **muss er im Sinne des primärrechtlichen Transparenzgebotes handeln**. Er hat daher in diesem Fall zwei Optionen. Entweder, er sieht von der Direktvergabe ab und wählt eine Vergabeart bei welcher eine allgemein zugängliche Bekanntmachung vor Auftragsvergabe gegeben ist, oder er gestaltet die Direktvergabe in einer „unionskonformen“ Art und Weise, indem er vor allem eine angemessene Bekanntmachung veröffentlicht, mehrere Unternehmer zur Angebotsabgabe auffordert und den Auswahlprozess auch sonst an den Gleichbehandlungs-, und Wettbewerbsgeboten ausrichtet³⁸. Geht der Auftraggeber daher von einer Binnenmarktrelevanz aus, so ist er verpflichtet, Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten angemessene Informationen über die Vergabe bereitzustellen, sodass sie gegebenenfalls ihr Interesse am Erhalt des Auftrags bekunden können³⁹.

Die Auftraggeber in den EU-Strukturfondsprogrammen⁴⁰ und EU-Strukturfondsprojekten haben inzwischen Ansätze entwickelt, in welchen einerseits dem unionsrechtlichen Transparenzgebot Rechnung getragen wird und andererseits gleichzeitig die Möglichkeit einer Direktvergabe iSd § 41 BVergG 2006 gewahrt wird⁴¹. Diese Methode ist, dass die beabsichtigte **Auftragsvergabe** über die Website des jeweiligen EU-Strukturfondsprogramms bzw EU-Strukturfondsprojektes und/oder ein anderes Publikationsmedium wie zB Zeitschriften oder Amtstafeln unter Angabe des geschätzten Auftragswertes und mit einer näheren Beschreibung der zu beziehenden Leistung **bekannt gemacht wird und alle**

³⁷ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 94 bzw *Fruhmann*, Der gemeinschaftsrechtliche Vertragsbegriff, In-House und das Transparenzprinzip, ZVB 2008,79.

³⁸ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwertverordnung 2009 zum BVergG 2006 zur Entscheidung EuGH 15.5.2008, C-147/06 und C-148/06.

³⁹ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht –Teil 2, ZVB 2010, 94.

⁴⁰ Im AEUV ist das Ziel verankert, eine harmonische Entwicklung der Gemeinschaft als Ganzes zu fördern und eine Politik der Stärkung des wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhaltes zu entwickeln, indem Unterschiede im Entwicklungsstand zwischen Regionen und Mitgliedstaaten verringert werden. Die damit angesprochene EU-Kohäsionspolitik („EU-Regionalpolitik“) wird durch diese EU-Strukturfondsprogramme umgesetzt.

⁴¹ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht –Teil 2, ZVB 2010, 95.

interessierten Unternehmen eingeladen werden, eine **unverbindliche Preisauskunft** gem § 41 Abs 3 BVergG 2006 zu übermitteln⁴².

Kapitel 2.3: Die Grundprinzipien des Vergaberechts

In den §§ 19 und 187 BVergG 2006 sind die Grundsätze des Vergabeverfahrens normiert. Diese Grundsätze sind bei **sämtlichen Beschaffungsvorgängen** zu beachten. Sie haben daher auch für die Direktvergabe eine bedeutende Rolle eingenommen. Daher möchte ich diese in der Folge kurz darstellen.

➔ Zunächst ist der Grundsatz der **Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes** zu nennen (§ 19 Abs 1 BVergG 2006). Da die Grundfreiheiten, ebenso wie das Diskriminierungsverbot, Primärrecht darstellen sind diese ohnehin unmittelbar anwendbar. Damit ist diese Bestimmung lediglich als Klarstellung zu verstehen⁴³.

➔ Ein Verfahren hat weiters den Grundsätzen des **freien, fairen und lauten Wettbewerbs** (§ 19 Abs 1 BVergG 2006) zu entsprechen. Der freie Wettbewerb ist der nicht behinderte, dh keinen (Zugangs-, oder Ausübungs-,)Beschränkungen unterliegende Wettbewerb. Der faire Wettbewerb betrifft das Verhältnis Auftraggeber gegenüber dem Bieter⁴⁴. Der laute Wettbewerb hingegen das Verhältnis der Bieter untereinander. Eine unzulässige Direktvergabe kann vor allem dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs widersprechen.

➔ Die Vergabe hat außerdem an einen **befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer** (§ 19 Abs 1 BVergG 2006) zu erfolgen. Liegt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vor, so ist der Bieter als geeignet zu qualifizieren. Unter Befugnis sind sowohl allgemeine, als auch spezielle Genehmigungen (vor allem im Sinne der GewO) zu verstehen. Die Leistungsfähigkeit erfasst die technische, finanzielle und wirtschaftliche Fähigkeit den gewünschten Auftrag zu erfüllen. Zuverlässig ist ein Bieter dann, wenn er sich nicht in Liquidation befindet, unbescholten ist und seiner Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern nachkommt. Kann ein Bieter die erforderlichen Eignungskriterien nicht aufweisen, so ist sein Angebot gem § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschneiden oder ist im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens nicht zur Angebotsabgabe

⁴² Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht –Teil 2, ZVB 2010, 95.

⁴³ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 726].

⁴⁴ bzw Bewerber.

einzuladen. Die Eignung muss, je nach Verfahrensart unterschiedlich, zu einem bestimmten relevanten Zeitpunkt vorliegen. Gem § 41 Abs 4 BVergG 2006 muss die Eignung bei der Direktvergabe spätestens zum **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** vorliegen. Es wird auf den Vertragsabschluss abgestellt, da eine schriftliche Erklärung bei der Direktvergabe (zum Beispiel beim Handkauf) nicht immer vorliegen wird. Diese Regelung stellt für die Unternehmer eine Erleichterung dar, da sie in den anderen Verfahrensarten grundsätzlich bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bzw zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe geeignet sein müssen⁴⁵. Der genaue Zeitpunkt der Eignungsprüfung kann somit vom Auftraggeber selbst ausgewählt werden, allerdings ist es unabdingbar, dass bei der Direktvergabe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses alle Elemente der Eignung vorliegen müssen⁴⁶.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: In Zukunft wird bei der Eignung nicht mehr auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern auf den Zeitpunkt des Zuschlages abgestellt werden (siehe Seite 199)⁴⁷.

Im Zuge der Novelle 2009 zum BVergG ist in § 41 Abs 1 BVergG 2006 der Verweis auf § 78 BVergG 2006 (Absehen von der Eignungsprüfung bei Bauaufträgen unter EUR 120.000,- bzw bei Liefer-, und Dienstleistungen unter EUR 80.000,-) gestrichen worden bzw besteht nunmehr kein Verweis in § 41 Abs 1 BVergG 2006 auf den § 70 BVergG 2006 (System der „Eigenerklärungen“)⁴⁸. Daher stellt sich bei der **Direktvergabe** die Frage, ob für den Auftraggeber überhaupt eine **Verpflichtung zur Eignungsprüfung** besteht und wenn ja, **wie hat diese auszusehen?**

Spezialthema: Die Eignungsprüfung bei der Direktvergabe

Trotz dieser fehlenden Verweise ist zunächst festzuhalten, dass ein öffentlicher Auftrag auch im Wege der Direktvergabe nur an einen geeigneten Unternehmer vergeben werden darf. Das ergibt sich bereits unmittelbar aus dem § 19 Abs 1 BVergG 2006 (siehe Seite 21)⁴⁹. Hinsichtlich der Art und Weise der Eignungsprüfung gibt nun, trotz mangelndem Verweis im § 41 BVergG 2006, der § 70 Abs 3 BVergG 2006 die Marschroute vor. Dieser § 70 Abs 3

⁴⁵ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 340].

⁴⁶ EB 1171 BlgNR 22. GP.

⁴⁷ § 41 Abs 4 BVergG 2006 idF Novelle 2012.

⁴⁸ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 340].

⁴⁹ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 41 [Rz 22].

BVergG 2006 sieht nämlich die *Handlungsanleitung*⁵⁰ für die Eignungsprüfung bei Bauaufträgen unter EUR 120.000,- bzw Liefer-, und Dienstleistungen unter EUR 80.000,- vor. Dieser Bereich ist ja gerade jener Bereich, in welchem die Direktvergabe wertmäßig anzusiedeln ist. In diesem Bereich „...kann die Vorlage von Nachweisen unter den genannten Schwellenwerten verlangt werden, wenn dies der Auftraggeber **für erforderlich** erachtet. Das Gesetz stellt keine Kriterien hinsichtlich der „Erforderlichkeit“ der Vorlagen von Nachweisen (nach Auffassung des Auftraggebers) auf; der Auftraggeber hat diesbezüglich somit einen weiten Spielraum. Als erforderlich kann daher auch eine Vorlage etwa dann angesehen werden, wenn es sich um für den Auftraggeber unbekannte Unternehmer oder um sensible Leistungen handelt oder wenn es um die Vorlage der Nachweise vom präsumptiven Zuschlagsempfänger geht“⁵¹.

Der Auftraggeber ist daher nicht in jedem Fall verpflichtet eine Eignungsprüfung im Sinne des § 70 Abs 1 bzw Abs 2 BVergG 2006 durchzuführen. Er muss dies nur tun, sofern dies „nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist“⁵². Daraus folgt, dass der Auftraggeber eine Einschätzung über die Eignung des Bieters durchführen muss. Er muss daher zumindest eine „**prima facie-Prüfung**“ durchführen⁵³. Der Umfang dieser Prüfung wird vor allem vom Gegenstand der Leistung sowie der Höhe des Auftragswertes abhängen. Bestehen Zweifel über die tatsächliche Eignung, so ist der Auftraggeber zur näheren Prüfung verpflichtet⁵⁴. „Eine Direktvergabe kann trotz ihrer Formlosigkeit daher auch rechtswidrig durchgeführt werden, wenn der AG trotz Zweifel einen ungeeigneten Unternehmer beauftragt“⁵⁵.

„Wenn keine Anhaltspunkte bestehen, die auf das Nichtvorliegen der Eignung schließen lassen, kann etwa der äußere Anschein eines befugten Gewerbebetriebes für die Annahme des Vorliegens der Eignung hinreichend sein“⁵⁶.

Liegt jedoch der geschätzte Auftragswert **über** EUR 120.000,- (bei Bauaufträgen) bzw EUR 80.000,- (bei Liefer-, und Dienstleistungen) so muss **jedenfalls** ein konkreter Eignungsnachweis verlangt werden⁵⁷.

⁵⁰ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 340].

⁵¹ aus den Gesetzesmaterialien zu § 70 Abs 3 BVergG 2006, EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 51.

⁵² und sofern die Schwellen des § 70 Abs 3 BVergG nicht überschritten wurden.

⁵³ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 41 Rz 24.

⁵⁴ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 41 Rz 24.

⁵⁵ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 41 Rz 24.

⁵⁶ EB 1171 BlgNR 22. GP.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Durch die BVergG-Novelle 2012 wird dieser Bereich bis zum Oberschwellenbereich ausgedehnt (siehe Seite 201). Demnach muss in Zukunft kein konkreter Nachweis vorgelegt werden, solange der Schwellenwert von EUR 5.000.000,- (bei Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen) bzw EUR 200.000,- EUR (bei Liefer-, und Dienstleistungsaufträgen) nicht überschritten wird⁵⁸.

Daher ist **zusammenfassend** zu sagen, dass auch bei der **Direktvergabe** der öffentliche Auftrag **nur einem geeigneten Bieter** erteilt werden darf. Außerdem besteht auch bei der Direktvergabe eine **Verpflichtung zur Eignungsprüfung**. Jedoch ist der **Handlungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers sehr weit**.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Auch diesbezüglich bringt die BVergG-Novelle 2012 eine Modifizierung mit sich. Durch den § 70 Abs 3 BVergG 2006 idF Novelle 2012 soll die Vorlage**pfl**icht eines konkreten Nachweises im Unterschwellenbereich **jedenfalls** entfallen. Dadurch soll es zu Kosten-, und Zeiteinsparungen kommen (siehe Seite 201). Eine Differenzierung zwischen Erforderlichkeit oder Nicht-Erforderlichkeit eines konkreten Nachweises findet somit nicht mehr statt. Im Unterschwellenbereich kommt es daher auch nicht mehr **verpflichtend** zu einer prima facie-Eignungsprüfung. Interessant wird der Fall zu beurteilen sein, wenn ein Unternehmer im Unterschwellenbereich offensichtlich nicht die gebotene Eignung aufweist. Auf der einen Seite muss im Unterschwellenbereich kein konkreter Eignungsnachweis verlangt werden. Andererseits verstößt die Vergabe an einen ungeeigneten Bieter gegen die Grundsätze des Vergaberechts (§ 19 Abs 1 BVergG 2006).

Eine **gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz der Vergabe nur an einen geeigneten Unternehmer, normiert der § 41 Abs 3 BVergG 2006**. Im Wege der Direktvergabe kann ein Auftrag auch einem Unternehmer gegen den ein Konkurs-, bzw Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet wurde oder welcher sich in der Liquidation befindet oder seine gewerbliche Tätigkeit einstellt, erteilt werden, sofern seine „*Leistungsfähigkeit dazu hinreicht*“⁵⁹.

⁵⁷ § 70 Abs 3 BVergG 2006.

⁵⁸ Neue Schwellenwerte via Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011 in Kraft getreten am 01.01.2012.

⁵⁹ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 341].

Ohne diese Regelung wären solche Unternehmer gem § 68 Abs 1 Z 2 bzw 3 BVergG 2006 auszuscheiden.

➔ Ein weiterer Grundsatz des Vergaberechts ist **die Vergabe zu einem angemessenen Preis** (§ 19 Abs 1 BVergG 2006). Durch diesen Grundsatz sollen unter anderem Dumping-Preise verhindert werden.

➔ Auch die **tatsächliche Vergabeabsicht** (§ 19 Abs 3 BVergG 2006) gehört zu den Grundsätzen des Vergaberechts. Ein Vergabeverfahren soll keinen Versuch darstellen Preisvergleiche zu gewinnen. Dieser Grundsatz verbietet daher eine unverbindliche Markterkundung. Dieser Grundsatz bedeutet auch, dass der Auftraggeber finanziell, technisch und organisatorisch für die tatsächliche Auftragsvergabe vorbereitet sein muss. Andererseits heißt das nicht, dass jedes Vergabeverfahren mit einem Zuschlag enden muss. Unter bestimmten Voraussetzungen ist nämlich auch ein Widerruf gem §§ 138 ff BVergG 2006 möglich.

➔ Schließlich wird auch der **Grundsatz der Beachtung sog vergabefremder Aspekte** zu den Grundsätzen des Vergaberechts gezählt (§ 19 Abs 5 und 6 BVergG 2006). Demnach ist unter anderem auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung zu achten⁶⁰.

➔ „Last but not least“ ist der **Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter** zu nennen. Dieser Grundsatz stellt den wichtigsten aller Grundsätze im Vergaberecht dar. Dieser Grundsatz gilt für alle Arten von Vergabeverfahren und ist somit unabhängig von der Höhe des geschätzten Auftragswertes. Zwar ist dieser Grundsatz im BVergG nicht ausdrücklich verankert, doch ist dieser ohne Zweifel immanent. Viele Bestimmungen des BVergG können als Konkretisierung des allgemeinen Gleichbehandlungsgebotes gesehen werden⁶¹. So kann beispielsweise auf das in den §§ 101 Abs 4 und 104 Abs 2 BVergG 2006 normierte Verhandlungsverbot mit allen Bietern verwiesen werden⁶². Das Gleichbehandlungsverbot verbietet, dass Gleiches ungleich und Ungleiches gleich behandelt wird, sofern es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Das Gleichbehandlungsverbot ist in einem engen Zusammenhang mit dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot zu sehen. Daher ist eine Schlechterstellung eines EU-Ausländers gegenüber einem Inländer im Sinne dieser Grundsätze unzulässig.

⁶⁰ siehe genauer dazu *Katharina Trettnak-Hahnl*, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 728].

⁶¹ *Fink/Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 667].

⁶² *Fink/Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 667].

Diese ursprüngliche Aussage des Gleichbehandlungsgrundsatzes wurde durch die Judikatur ausgedehnt. So hat sich daraus die **Verpflichtung zur Transparenz** abgeleitet. Grundaussage des Transparenzgebotes ist, dass Entscheidungen des Auftraggebers nachvollziehbar gestaltet werden müssen, um so eine angemessene Überprüfung zu ermöglichen. Dieser Grundsatz hat für die Direktvergabe eine besondere Relevanz (siehe Seite 17).

Kapitel 2.4: Die wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechts

Auch wenn das Wirtschaftsvolumen öffentlicher Auftraggeber nur schwer an Hand konkreter Zahlen festzumachen ist, wird im Allgemeinen – sowohl innerstaatlich als auch unionsweit – von einer großen volkswirtschaftlichen Relevanz des öffentlichen Beschaffungswesens ausgegangen⁶³.

Gemessen an den Zahlen aus dem Jahr 2009 werden in **Österreich** jährlich Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsaufträge in der Höhe von **etwa 22 % des BIP**, das entspricht einem Auftragsvolumen von etwa EUR 61 Mrd, durch öffentliche Auftraggeber vergeben⁶⁴.

Unionsweit wurde von der Europäischen Kommission für die von Hand vergebenen Auftragsvolumina 2004 ein Annäherungswert von über EUR 1.500 Mrd ermittelt, was in **etwa 16 % des gesamten BIP** der EU ausmacht⁶⁵. Dieses ist 2006 mit mehr als 1.900 Mrd (das sind 16,9 % des BIPs der Gemeinschaft) beachtlich angestiegen⁶⁶.

Aus der Sicht der Union weniger erfreulich ist, dass für direkt grenzüberschreitende Beschaffungsvorgänge nur ein Volumen von 3 % festgestellt wurde. Öffentliche Aufträge werden offensichtlich nur ungern Ausländern erteilt bzw stellen sprachliche und geographische Distanzen eine natürliche Barriere dar. Das hat die Union dazu veranlasst, ihre Bemühungen um eine Liberalisierung des „*Vergabeinnenmarktes für öffentliche Aufträge*“⁶⁷ noch zu verstärken. Daher ist der Markt der öffentlichen Auftragsvergabe nach wie vor in Expansion begriffen⁶⁸.

⁶³ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

⁶⁴ vgl die von der Europäischen Kommission am 11.11.2010 veröffentlichten „Public Procurement Indicators“ (abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf).

⁶⁵ Heid Schiefer Rechtsanwälte, Vergaberecht INFO-Letter, Ausgabe 8/September 2007.

⁶⁶ Michael Fruhmann, Die Schwellenwerteverordnung 2009, ZBV 2009/43.

⁶⁷ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

⁶⁸ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

Einen interessanten Überblick über die wirtschaftliche Bedeutung des Vergaberechtes zeigt die **Studie** der Europäischen Kommission „**Public Procurement in Europe – Cost and effectiveness**“ vom März 2011⁶⁹. Diese Studie bildet – zusammen mit diversen anderen Studien im Auftrag der Kommission – die Grundlage für die Abschätzung der Auswirkungen der Vergaberichtlinien (siehe Seite 16) in Europa. Diese Studie ist insofern besonders wichtig, da sie (erstmalig) Datenmaterial zu den **Kosten von Vergabeverfahren** auch für Österreich enthält. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Studie allein den Oberschwellenbereich untersuchte und grundsätzlich keine Aussagen zum Unterschwellenbereich enthält. Trotzdem können aus den Ergebnissen gewisse Schlussfolgerungen für den Unterschwellenbereich abgeleitet werden.

Die Studie enthält insbesondere folgende (für Österreich relevante) Daten:

Legt man den Kosten den Personalaufwand pro Verfahren zu Grunde, so erfordert ein Vergabeverfahren in Österreich durchschnittlich 123 (Personen)Tage. Davon entfallen 19 Tage auf die Auftraggeberseite und 20 Tage auf die Unternehmenseite (letztere muss mit dem Durchschnittswert von 5,2 Angeboten pro Verfahren in Österreich multipliziert werden). Dies führt (unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Lohnsatzes – gemäß den Angaben von Eurostat – pro Tag in Österreich von EUR 255,-) zu **durchschnittlichen Gesamtkosten von EUR 31.365,- für ein Vergabeverfahren in Österreich** (für Auftraggeber und für alle teilnehmenden Unternehmer bei Verfahren im Oberschwellenbereich). Das Kostenverteilungsverhältnis zwischen Auftraggebern und Unternehmern beträgt ca 1:5.

Hinsichtlich der Verfahrenstypen (siehe Seite 29) ergibt sich folgendes generelles Bild: Offene Verfahren führen grundsätzlich zu niedrigeren Kosten für Auftraggeber und Unternehmer. Nicht-offene Verfahren sind vergleichsweise teurer (30 % teurer als das offene Verfahren), insbesondere für die Auftraggeberseite (aufgrund des zweistufigen Verfahrens). Verhandlungsverfahren weisen grundsätzlich ähnliche Gesamtkosten auf wie offene Verfahren, jedoch sind die Kosten für die Unternehmer 30 % höher als beim offenen Verfahren (daraus folgt, dass die Kosten für die Auftraggeberseite entsprechend niedriger ausfallen).

⁶⁹ Bericht des Verfassungsausschusses über die Regierungsvorlage (1513 der Beilagen): Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012) erlassen sowie das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird.

Hinsichtlich des Auftragsstypus (Bau-, Liefer-, oder Dienstleistungsauftrag) kommt die Studie zu folgendem Ergebnis: Bauaufträge sind besonders teuer für die Auftraggeberseite (ca 50 % höhere Kosten als die durchschnittlichen Kosten eines Verfahrens), sind aber auch für die Unternehmerseite teurer als die durchschnittlichen Kosten eines Verfahrens. Grundsätzlich liegen die Gesamtkosten für Bauaufträge ca 70 % über den durchschnittlichen Gesamtkosten von Verfahren. Die Gesamtkosten für Dienstleistungsaufträge entsprechen grundsätzlich den durchschnittlichen Gesamtkosten. Die Studie weist jedoch auch darauf hin, dass die Kosten für die Vergabe komplexer Dienstleistungen besonders hoch sind. Lieferaufträge sind hingegen billiger (ca 25 %) als die durchschnittlichen Gesamtkosten.

Die Studie kommt ferner zu dem Ergebnis, dass nur eine geringe Korrelation zwischen den Kosten eines Vergabeverfahrens und dem (geschätzten) Auftragswert besteht (ausgenommen hiervon ist der Bereich von Aufträgen mit Auftragswerten weit über EUR 5 Mio). So weist die Studie insbesondere kaum Differenzen zwischen den Kosten von Aufträgen (Losen) über EUR 50.000,- und EUR 400.000,- auf.

Insgesamt betragen in Österreich die Kosten für Beschaffungen ca 1,9 % des Gesamtbeschaffungsvolumens.

Kapitel 3. Die Direktvergabe

Kapitel 3.1: Die verschiedenen Verfahrensarten des BVergG

Das Vergaberecht kennt für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen verschiedene Verfahrensarten. Diese Vergabearten variieren in ihrer Formalität und gewähren dem Auftraggeber in verschiedener Weise einen gewissen „Spielraum“. Grundsätzlich gilt dabei die Regel: Je höher der Auftragswert desto kleiner der Gestaltungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers.

In den §§ 25 f BVergG 2006 werden die **Arten der Vergabeverfahren** normiert. Der § 25 BVergG 2006 enthält jene Verfahren, welche *unmittelbar* zur Vergabe von Aufträgen von Leistungen führen. Der § 26 BVergG 2006 regelt hingegen die **Arten des Wettbewerbes**. Die Arten des Wettbewerbes unterscheiden sich von den Arten der Vergabeverfahren dadurch, dass diese nicht unmittelbar zu einer Beauftragung eines Bieters führen. Die Arten des Wettbewerbes zielen vielmehr auf die Verschaffung eines Planes, einer Planung oder einer Idee ab⁷⁰. In der Regel schließt sich dann dem Wettbewerb ein Vergabeverfahren erst an. Die in § 25 BVergG 2006 festgeschriebenen Arten der Vergabeverfahren werden aus systematischen Gründen als „*Vergabeverfahren im engeren Sinn*“ bezeichnet, während Vergabeverfahren im engeren Sinn und Wettbewerbe unter die Überschrift „*Vergabeverfahren im weiteren Sinn*“ subsumiert werden können⁷¹.

Bei der Frage, welche Vergabeart bzw welcher Wettbewerb überhaupt möglich ist, kommt der Unterscheidung in **Unter-, und Oberschwellenbereich** eine wichtige Bedeutung zu. Werden die von den EU-Richtlinien vorgegebenen Schwellenwerte überstiegen, so können mit dem offenen Verfahren, dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, dem Verhandlungsverfahren mit bzw ohne vorherige Bekanntmachung, der Rahmenvereinbarung, dem dynamischen Beschaffungssystem und dem wettbewerblichen Dialog sieben, zu einer unmittelbaren Beauftragung, führende Verfahrensarten gewählt werden. Bei Auftragswerten im Unterschwellenbereich kann sich der Auftraggeber zusätzlich der Direktvergabe und des nicht offenen Verfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung bedienen. Derzeit liegt die

⁷⁰ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 670].

⁷¹ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 670].

Grenze⁷² zum Oberschwellenbereich bei Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen bei EUR 5.000.000,- und bei Liefer-, und Dienstleistungsaufträgen bei EUR 200.000,-.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Durch die BVergG-Novelle 2012 wird im Unterschwellenbereich weiters die Vergabeart der „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“⁷³ eingeführt (siehe Seite 197).

Die im § 25 f BVergG 2006 aufgezählten Vergabearten und Wettbewerbe sind taxativ aufgezählt. Die Bildung von Mischformen ist nicht zulässig⁷⁴. Auch ein nachträglicher Verfahrenswechsel ist unzulässig.

Die Wahl einer konkreten Verfahrensart stellt eine der zentralen Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers dar. Die letztendlich getroffene Wahl ergibt sich dann zumeist aus der Ausschreibung. In der Praxis kommt es allerdings häufig vor, dass die Ausschreibungsunterlagen keine konkrete Verfahrensart festlegen. In diesem Fall ist auf das Verständnis eines „*durchschnittlich fachkundigen Bieter(s)*“ abzustellen⁷⁵. **Im Zweifel wird** dabei angenommen, dass die **Direktvergabe die konkret gewählte Vergabeart** darstellt⁷⁶.

Spezialthema: Im Zweifelsfall eine Direktvergabe?

„Dies soll etwa dann der Fall sein, wenn sich der Auftraggeber zwar der Bezeichnung „Verhandlungsverfahren“ bedient, mangels Verschaffung eines Marktüberblicks, aufgrund des Unterbleibens der Einholung von Vergleichsangeboten sowie des Absehens von der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses und Leistungsvertrages jedoch die unmittelbare Beauftragung eines Unternehmers vorliegt“⁷⁷.

„Selbst wenn ein Auftraggeber das Verfahren als Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer bezeichnet, liegt in Wirklichkeit eine Direktvergabe vor, wenn der Auftraggeber sich weder einen Marktüberblick verschafft noch Vergleichsangebote eingeholt noch ein Leistungsverzeichnis erstellt noch einen

⁷² § 12 Abs 1 BVergG 2006. Neue Schwellenwerte via Verordnung (EU) Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011 in Kraft getreten am 01.01.2012.

⁷³ § 41a BVergG 2006 idF Novelle 2012.

⁷⁴ BVA 19.2.2007, N/0098-BVA/14/2006-44.

⁷⁵ VwGH 14.9.2005, 2005/04/0173.

⁷⁶ Soweit zB UVS Tir 9.2.2004, 2004/K11/002-2; UVS Tir 20.8.2003, 2003/21/117-3, und UVS Kmnt 9.12.2004, KUVS-1260/13/2004; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 674].

⁷⁷ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 674].

*Leistungsvertrag abgeschlossen und insbesondere nach Angebotslegung mit dem Bieter keine Verhandlungen geführt hat*⁷⁸.

*„Finden die Vorgänge, die zum Abschluss des Vertrages geführt haben, lediglich zwischen dem Auftraggeber und der Auftragnehmerin statt, ohne dass eine vorherige Bekanntmachung erfolgte, handelt es sich nicht um ein Vergabeverfahren, das eine vom BVergG vorgegebene Form einhält. Vielmehr erfolgt die Auswahl der Auftragnehmerin und die Vorbereitung des Vertrages formlos. Es handelt sich nicht um ein – typisiertes – Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, sondern um eine formfreie Vergabe, eine Direktvergabe*⁷⁹.

➔ Einen besonders interessanten Fall zu dieser Thematik stellt die Entscheidung: UVS Tirol 9.2.2004, 2004/K11/002 dar. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt vergab ein Gemeindeverband einen Auftrag über die Abfallbeseitigung von vier Tiroler Gemeinden im Wert von etwa EUR 3,9 Mio bis EUR 4,5 Mio über eine Dauer von 10 Jahren ohne vorherige Bekanntmachung. Der Antragsteller – der bisherige Dienstleistungserbringer – erfuhr von der Vergabe durch die Einstellung der Müllanlieferung an seine Mülldeponie und einen Zeitungsartikel⁸⁰.

Bei dieser Auftragsvergabe handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Dafür kommt die Direktvergabe (gem dem damaligen § 27 Abs 1 Z 2 BVergG 2002 war diese zulässig bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 20.000,-) jedenfalls nicht in Betracht. Der Auftraggeber argumentiert sein Vorgehen (recht lapidar) damit, dass er überhaupt keinen Willen hat (also keine Entscheidung trifft) eine Direktvergabe oder überhaupt eines der im BVergG genannten Verfahren durchzuführen. *„Der Auftraggeber trifft also gar keine bewusste Wahl zwischen den in § 23 (alt) genannten Verfahrensarten, sondern vergibt lediglich einen Auftrag „freihändig“ an einen Unternehmer (de-facto-Vergabe)*⁸¹.

Dem ist entgegenzuhalten, dass es auf den inneren (subjektiven) Willen des Auftraggebers bei der Wahl der Vergabeart, aus Gründen der Rechtssicherheit, nicht ankommen kann. Vielmehr ist auf das äußere (objektive) Tun abzustellen. Ebenfalls aus Gründen der Rechtssicherheit ist die konkrete Vorgehensweise des Auftraggebers einer bestimmten Vergabeart zuzurechnen

⁷⁸ UVS Stmk 14.11.2005, 44.15-6/2005, Rindler in Gast (Hrsg), Bundesvergabegesetz Leitsatzkommentar, 1. Auflage (2010).

⁷⁹ BVA 05.08.2008, F/003-BVA/10/2008-42, Rindler in Gast (Hrsg), Bundesvergabegesetz Leitsatzkommentar, 1. Auflage (2010).

⁸⁰ UVS Tir 9.2.2004, 2004/K11/002-2 mit Anmerkung von Matthias Öhler.

⁸¹ UVS Tir 9.2.2004, 2004/K11/002-2 mit Anmerkung von Matthias Öhler.

(Typenzwang). Die Einstufung in eine konkrete Verfahrensart ist besonders wichtig für den späteren Weg des Rechtsschutzes. Dazu der UVS Tirol: *„Selbst dann, wenn der öffentliche Auftraggeber beabsichtigt, einen Auftrag sozusagen „freihändig“ ohne formalisiertes Verfahren im Sinne des Vergabegesetzes zu vergeben, ist dem Auftraggeber **zumindest die Absicht zu unterstellen, eine Beschaffung im Wege der Direktvergabe durchzuführen.** Diese Fiktion ist notwendig, um den Willen des Gesetzgebers, ein geschlossenes Vergaberechtssystem zu schaffen, gerecht zu werden. Andererseits gäbe es einen vergaberechtsfreien Raum“*⁸².

Zu dieser Rechtsprechung merkt Öhler weiters an, dass der Rechtssatz des UVS-Tirol – wonach bei Aufträgen ohne Bekanntmachung **immer** eine Direktvergabe zu unterstellen sei – zu weit geraten ist. Vielmehr muss darauf abgestellt werden, welche **Vergabeart dem konkreten Sachverhalt am nächsten kommt**. *„Lädt der Auftraggeber daher zwei oder mehr Unternehmer zu Verhandlungen über eine Auftragserteilung ein, ist ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu unterstellen“*⁸³. Dieser Ansicht ist mM zuzustimmen.

➔ In der Folge möchte ich kurz die wichtigsten Vergabearten skizzieren. Dadurch möchte ich zeigen, dass diese, im **Vergleich zur Direktvergabe, wesentlich komplexer** sind und dadurch auch mit einem höherem zeitlich-, und finanziellen Aufwand verbunden sind.

➔ Das **offene Verfahren**⁸⁴ stellt die „klassische Vergabeart“ dar. Beim offenen Verfahren richtet sich der Auftraggeber an eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern. An diesem Verfahren kann sich jedermann beteiligen. Gebietsmäßige Beschränkungen sind aufgrund des Diskriminierungsverbotes unzulässig. Interessierten Unternehmern sind die Ausschreibungsunterlagen unverzüglich zu übermitteln. Das offene Verfahren ist daher dadurch charakterisiert, dass jeder Unternehmer teilnehmen darf und nicht vornherein Beschränkungen auferlegt werden dürfen⁸⁵. Während dem Verfahren besteht ein strenges Verhandlungsverbot. Dadurch soll sichergestellt werden, dass alle Bieter dieselbe Chance auf den Zuschlag haben. Beim offenen Verfahren handelt es sich um ein einstufiges Verfahren.

⁸² UVS Tir 9.2.2004, 2004/K11/002-2 mit Anmerkung von Matthias Öhler.

⁸³ UVS Tir 9.2.2004, 2004/K11/002-2 mit Anmerkung von Matthias Öhler.

⁸⁴ §§ 101 ff BVergG 2006.

⁸⁵ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 734].

➔ Beim **nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung**⁸⁶ werden, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmer öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, ausgewählte Bewerber zur Abgabe von Angeboten eingeladen⁸⁷. Beim **nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung**⁸⁸ werden hingegen direkt – ohne vorherige Phase der ersten Prüfung der Eignung – eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern zur Angebotsabgabe eingeladen. Das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist ein zweistufiges Verfahren. In der ersten Phase müssen die Bewerber ihre Eignung für den konkreten Auftrag mittels Teilnahmeantrag, auf Grund der vom Auftraggeber festgelegten Eignungsnachweise, dartun. Mittels Auswahlkriterien⁸⁹ werden dann von den geeigneten Bewerbern die besten ausgesucht. Diese werden dann zur Angebotsabgabe eingeladen. Es müssen dabei jedenfalls mindestens fünf Unternehmer eingeladen werden. Das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist hingegen ein einstufiges Verfahren. Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung entfällt die erste formalisierte Phase der Eignungs-, und Auswahlprüfung. Dennoch darf eine Einladung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer erfolgen⁹⁰. Ab dem Zeitpunkt der Einladung zur Angebotsabgabe läuft das nicht offene Verfahren im Wesentlichen wie ein offenes Verfahren ab. Demnach ist auch hier das Verhandlungsverbot zu beachten.

➔ Beim **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung**⁹¹ handelt es sich um ein zweistufiges Verfahren. In der ersten Phase wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern zur Abgabe eines Teilnahmeantrages aufgefordert. Die besten der geeigneten Bewerber werden danach zur Angebotsabgabe aufgefordert. Anders als bei den zuvor genannten Vergabeverfahren, ist ein Verhandlungsverfahren hier eben schon zulässig. Es ist erlaubt mit den Bietern über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln. Im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist allerdings darauf zu achten, dass die Gegenstände aller mit den Bietern geführten Verhandlungen gleich sind⁹². Das **Verhandlungsverfahren ohne**

⁸⁶ §§ 103 ff BVergG 2006.

⁸⁷ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 735].

⁸⁸ §§ 102 ff BVergG 2006.

⁸⁹ § 20 Z 20 lit a) BVergG 2006.

⁹⁰ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 735].

⁹¹ §§ 103 ff BVergG 2006.

⁹² Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 736].

vorherige Bekanntmachung⁹³ ist hingegen einstufig konstruiert. In diesem Fall sind von den in Aussicht genommenen, geeigneten Unternehmern direkt Angebote einzuholen.

➔ Als weitere praktisch relevante Vergabeart ist die **Rahmenvereinbarung**⁹⁴ zu nennen. Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmern, die zum Ziel hat, die Bedingung für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraum vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge. Auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung wird dann, in der Folge, nach Abgabe von Angeboten eine Leistung von einer Partei der Rahmenvereinbarung bezogen⁹⁵. Zunächst werden somit mit einem oder mehreren Unternehmern Rahmenvereinbarungen abgeschlossen und erst in der zweiten Stufe wird dann ein konkreter Vertrag mit einem Bieter vereinbart. Der große Vorteil der Rahmenvereinbarung ist (für den Auftraggeber), dass diese noch keine Abnahmeverpflichtung begründet.

Weitere Vergabearten sind: Die **elektronische Auktion**⁹⁶; der **wettbewerbliche Dialog**⁹⁷; das **dynamische Beschaffungssystem**⁹⁸ sowie eben die **Direktvergabe**.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Als neue Vergabearten werden die „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ bzw. im Sektorenbereich die „Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb“ eingeführt.

➔ Die **Wahl der konkreten Vergabeart** ist von folgenden Elementen abhängig:

- Ist der Auftraggeber ein klassischer Auftraggeber iSd § 3 BVergG 2006 oder ein Sektorauftraggeber iSd § 163 BVergG 2006;
- was für eine Auftragsart liegt vor (Bau-, Liefer-, oder Dienstleistungsauftrag);
- wie hoch ist der geschätzte Auftragswert?

⁹³ §§ 102 ff BVergG 2006.

⁹⁴ §§ 150 ff BVergG 2006.

⁹⁵ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 737].

⁹⁶ §§ 146 ff BVergG 2006.

⁹⁷ §§ 159 ff BVergG 2006.

⁹⁸ §§ 156 ff BVergG 2006.

Kapitel 3.2: Das Wesen der Direktvergabe

Aufträge mit einem geringen Auftragsvolumen erzeugen in der Regel einen im Vergleich zum Auftragswert nicht zu rechtfertigenden Verfahrensaufwand⁹⁹. Hinsichtlich der Sachlichkeit der Direktvergabe geht der Gesetzgeber davon aus, „*dass unterhalb (der) Betragsgrenze (für die Direktvergabe) ein Vergabeverfahren generell im Hinblick auf den Wert der Leistung ökonomisch nicht vertretbare Beschaffungskosten bewirken würde*“¹⁰⁰.

Mit der Möglichkeit, Aufträge direkt vergeben zu können, wurde der Tatsache Rechnung getragen, dass dem BVergG zwar auch Aufträge im Unterschwellenbereich zur Gänze unterliegen, die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens bei wertmäßig relativ geringfügigen Leistungsvergaben aber in keinerlei ökonomischer Relation zum Wert der Leistung steht und ein aufwendiges Verfahren zur Bestbieterermittlung in diesen Fällen weitgehend ineffizient wäre¹⁰¹. Im Unterschied zu den anderen Vergabearten stellt die Direktvergabe dem Auftraggeber die Möglichkeit zur Verfügung, die gewünschte Leistung nahezu formfrei und nur mit geringen Verfahrenskosten rasch zu erlangen.

Die Direktvergabe findet somit ihre sachliche Rechtfertigung darin, dass ein **komplexes Vergabeverfahren bei geringen Auftragswerten nicht ökonomisch** wäre¹⁰².

*Dullinger*¹⁰³ meint, dass die reinen Verfahrenskosten bei einem Vergabeverfahren **mit Bekanntmachung** niemals unter EUR 25.000,- liegen (siehe dazu auch Seite 27). Hinzu kommen weiters auch noch Kosten für die rechtliche Betreuung des Verfahrens sowie meistens auch erhebliche Kosten für notwendige Sachverständige. Außerdem ist ein Vergabeverfahren sehr zeitaufwendig. In der Praxis muss man bei einem zweistufigen Verfahren mindestens mit einer Dauer von vier Monaten rechnen. Daher können Produkte oder Dienstleistungen erst zu einem späteren Zeitpunkt vom Auftraggeber genutzt werden und so entstehen dem Auftraggeber auch auf diesem Weg oft nicht zu unterschätzende Kosten. Die Direktvergabe lässt sich daher auch praktisch aus dem Grund der Ökonomie rechtfertigen. In diesem Sinne hat auch der VfGH bereits ausgesprochen, dass es unter Sachlichkeitsgesichtspunkten für sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken aufwirft, wenn

⁹⁹ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 330].

¹⁰⁰ EBRV BlgNR 1171 XXII. GP 50.

¹⁰¹ *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

¹⁰² Dieser Aspekt ist speziell in Zeiten des großen Sparens von hoher Relevanz.

¹⁰³ RA Dr. *Kurt Dullinger* ist Rechtsanwalt bei der Dullinger-Schneider Rechtsanwälte GmbH und hat sich ua auf das Vergaberecht spezialisiert.

„vergebende(n) Stellen bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen geringen Wertes freihändige Vergaben ohne formalisierte Vergabeverfahren“ ermöglicht werden¹⁰⁴.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die gesamte Staatswirtschaft des Bundes nach den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu erfolgen hat¹⁰⁵.

Passend dazu möchte ich eine Studie unseres deutschen Nachbars erwähnen: Nach einer Studie im Auftrag des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie aus dem Jahr 2008, erzeugt die Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland jährliche Prozess- oder Vollziehungskosten in Höhe von EUR 19 Mrd; davon geht knapp die Hälfte zu Lasten der öffentlichen Auftraggeber, also zu einem großen Teil zu Lasten der Kommunen. Die Studie sieht die größten Reformpotentiale des Vergabewesens in einer Verschlankung und Vereinheitlichung der rechtlichen Grundlagen, in einem **Überdenken der Notwendigkeit der Verfahrensanwendung, insbesondere bei geringen Auftragswerten** und der elektronischen Optimierung von Verfahren etwa hinsichtlich von Bekanntmachungen und Übermittlungen sowie der Bearbeitung selbst. Die Ergebnisse dieser deutschen Studie lassen sich auch auf die österreichischen Beschaffungsmärkte übertragen¹⁰⁶.

➔ Ein weiterer wesentlicher Vorteil der Direktvergabe ist deren **Unkompliziertheit**. Vor allem die, für den Auftraggeber, oft mühsame **Leistungsbeschreibung entfällt**. Die Leistungsbeschreibung hat in der Regel möglichst genau zu erfolgen, um so mögliche Streitigkeiten vorweg auszuschließen. Die Leistungen sind bei der Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist¹⁰⁷. Für die Erstellung des Angebotes müssen alle maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sein¹⁰⁸. Daher sind mit der Erstellung der Leistungsbeschreibung oftmals hohe Kosten verbunden. Auch der zeitliche Faktor bei der Erzeugung der Leistungsbeschreibung ist ein beachtlicher. Speziell im IT-Sektor stellt die Leistungsbeschreibung einen enormen finanziellen und zeitlichen Aufwand dar. Oftmals weiß der Auftraggeber auch in diesem Stadium noch gar nicht wie die Leistung dann schlussendlich aussehen soll. All diese Probleme entfallen bei der Direktvergabe. Der Auftraggeber kann unkompliziert ein Angebot einholen, ohne sich vorher lange Gedanken

¹⁰⁴ VfSlg 16.027/2000.

¹⁰⁵ Art 126b Art 5 B-VG.

¹⁰⁶ Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich, Bundesgesetz mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011).

¹⁰⁷ § 96 Abs 1 BVergG 2006.

¹⁰⁸ § 96 Abs 2 BVergG 2006.

über den (genauen) Leistungsinhalt gemacht zu haben. Die finanziellen und zeitlichen Probleme stellen sich daher ebenfalls nicht. Die Möglichkeit, bei der Direktvergabe auf eine Leistungsbeschreibung verzichten zu können, ist in der Praxis oft der Grund, warum sich ein Auftraggeber für diese Vergabeart entscheidet.

➔ Außerdem ist es in der Praxis sehr wichtig, dass bei der Direktvergabe der **Prüfungsaufwand für diverse Angebote entfällt**. Angebote welche für die Zuschlagserteilung in Betracht kommen sind darauf zu überprüfen ob; sie den in § 19 Abs 1 BVergG 2006 angeführten Grundsätzen entsprechen, die Eignung der Bieter bzw Subunternehmer gegeben ist, auf deren rechnerische Richtigkeit, die Angemessenheit der Preise sowie hinsichtlich der Formrichtigkeit und Vollständigkeit im Sinne der Ausschreibung¹⁰⁹. Der Zweck der Angebotsprüfung wird darin gesehen, jene Tatsachengrundlagen zu schaffen, auf deren Basis das Vorliegen eines allfälligen Ausscheidungsgrundes beurteilt werden kann¹¹⁰. Gerade die Angebotsprüfung ist in der Praxis oft der Grund, warum ein Rechtsanwalt bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hinzugezogen wird. Dies führt wiederum zu erhöhten Kosten für den öffentlichen Auftraggeber. Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nämlich nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen, wobei erforderlichenfalls unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen sind¹¹¹. Die Vergabekontrolleinrichtungen gehen von einem verpflichtenden Tätigwerden externer Sachverständiger aus, wenn der Auftraggeber selbst nicht über fachkundige Personen verfügt¹¹². Ähnlich wie die Leistungsbeschreibung, ist auch die Angebotsprüfung mit einem erheblichen finanziellen und zeitlichen Aufwand verbunden. Ein Vorteil der Direktvergabe ist somit, dass diese (genaue) Angebotsprüfung bei dieser Vergabeart entfällt.

➔ Die Direktvergabe ist also ein formfreies Vergabeverfahren für wertmäßig relativ geringfügige Leistungsvergaben. Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen (§ 25 Abs 10 BVergG 2006). Abgesehen vom Begriff „formfrei“ ist die Beschreibung des Gesetzgebers relativ nichtssagend, wird doch bei allen klassischen Vergabeverfahren unmittelbar von einem Unternehmer bezogen, es sei denn, es wird an eine Bietergemeinschaft vergeben¹¹³. Der

¹⁰⁹ § 123 Abs 2 BVergG 2006.

¹¹⁰ Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1358].

¹¹¹ § 122 BVergG 2006.

¹¹² Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1362].

¹¹³ Resch in Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, Hrsg Griller/Holoubek.

Unterschied zu den übrigen Vergabearten liegt im Weg bis zum Vertragsabschluss: Bei der Direktvergabe wird der Auftraggeber durch § 41 BVergG 2006 ermächtigt, **ohne Bekanntmachung und ohne Einholung von Vergleichsangeboten**, einen öffentlichen Auftrag zu vergeben¹¹⁴. Diese Vergabeart ist daher die mit Abstand liberalste und schränkt die Privatautonomie der öffentlichen Hand nur geringfügig ein. Die Direktvergabe kommt dem Einkauf eines Privaten sehr nahe¹¹⁵.

„Bei der Direktvergabe (zB Kauf von Produkten beim Händler) wird eine Leistung unmittelbar von einem Unternehmer bezogen und das Vergabeverhältnis erschöpft sich (in aller Regel) bereits in diesem Akt“¹¹⁶.

Die Direktvergabe ist jedoch nur als Ermächtigung zu verstehen, bis zu den angegebenen Subschwellenwerten diese Verfahrensart in Anspruch nehmen zu können. Es bleibt daher dem Auftraggeber überlassen, intern niedrigere Werte als jene des § 41 Abs 2 BVergG 2006 festzulegen, bis zu denen die Inanspruchnahme der Direktvergabe zulässig wäre¹¹⁷. Viele Auftraggeber haben tatsächlich intern geregelt wie sie bei Vergaben von **Bagatellaufträgen** vorzugehen haben. Diese internen Regelungen sind allerdings nur als Selbstbindungsgesetze zu qualifizieren und können daher keinen vergabespezifischen Rechtsschutz gewähren¹¹⁸. Das bedeutet aber nicht, dass diese Selbstbindungsgesetze keine „exterene Bedeutung“ haben. Der OGH¹¹⁹ nimmt an, dass aus einem Selbstbindungsgesetz in Verbindung mit dem Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) ein Rechtsanspruch entstehen kann. *„Hat sich eine Gebietskörperschaft in seinem Selbstbindungsgesetz zur Leistung unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, so ist sie von Gesetzes wegen angehalten, diese Leistung jedermann, der diese Voraussetzung erfüllt zu erbringen, wenn sie eine solche Leistung in anderen Fällen erbrachte“¹²⁰.* Eine Verletzung eines Selbstbindungsgesetzes kann demnach unter Umständen vor einem Zivilgericht geltend gemacht werden.

➔ Die **Vorteile der Direktvergabe** sind daher zusammengefasst: Die Unkompliziertheit des Verfahrens, die Raschheit des Verfahrens, das Verfahren ist mit relativ niedrigen Kosten

¹¹⁴ Resch in Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, Hrsg Griller/Holoubek.

¹¹⁵ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 330].

¹¹⁶ Materialien zu § 41 (Direktvergabe) BVergG 2006.

¹¹⁷ EBRV BlgNR 1171 XXII. GP 50.

¹¹⁸ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 330].

¹¹⁹ OGH, JBl 2004, 384.

¹²⁰ Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Auflage [Rz 595].

verbunden und in der Praxis leider auch die Tatsache, dass die Anfechtungschancen bei der Direktvergabe sehr gering sind.

Realistisch betrachtet muss man sagen, dass die **Direktvergabe praktisch relativ unbedeutend** ist. *Dullinger* schätzt die Bedeutung der Direktvergabe in der Praxis, auf unter 1 % aller durchgeführten Vergabeverfahren ein. Allerdings ist bei dieser Schätzung nicht von der Häufigkeit der durchgeführten Direktvergaben, sondern von ihrer **Relevanz im Bezug auf das Gesamtvolumen aller Auftragsvergaben** auszugehen. Die Direktvergabe ist zwar **in der anwaltlichen Praxis** von geringer Relevanz, nicht jedoch im öffentlichen Beschaffungswesen an sich. Zudem hat deren Bedeutung durch die Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung (siehe Seite 68) stark zugenommen. Aus diesem Grund ist die Direktvergabe auch Hauptgegenstand derzeitiger Novellen (siehe Seite 186).

➔ Freilich hat die Direktvergabe nicht nur Vorteile! Da keine weiteren Angebote eingeholt werden müssen, fehlt der Anreiz, **ausschließlich ökonomisch zu handeln**. Daher bekommt nicht immer der geeignetste Bieter den Zuschlag.

Spezialthema: Die Direktvergabe und „Freunderlwirtschaft“

Dadurch, dass bei der Direktvergabe öffentlichen Aufträge formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen werden, ist die Versuchung gegeben, einen Auftrag im Subschwellenbereich einem privat zwar gemochten, aber wirtschaftlich nicht optimalen, Auftragnehmer zu übertragen. Dabei ist jedoch auch klar, dass ein **wirtschaftlich ungeeigneter Vertragspartner auf Dauer keine Aufträge bekommen wird**. Ähnlich wie im Verhältnis Privater untereinander, wird der öffentliche Auftraggeber die Geschäftsbeziehungen abbrechen, wenn der Partner seine Leistung konstant unbefriedigend erbringt. Fakt ist also, dass ein ungeeigneter Bieter über kurz oder lang keine Aufträge mehr erhalten wird. Möge die Freundschaft noch so eng sein¹²¹. Eine solche Geschäftsbeziehung könnte der Auftraggeber auf lange Sicht auch nicht rechtfertigen. Die Gefahr einer ungerechtfertigten Freunderlwirtschaft ist also nur eine relative.

Die Gefahr der Freunderlwirtschaft besteht auch beim „*Nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung*“¹²². Bei dieser Vergabeart wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Der Gesetzgeber versucht bei dieser Verfahrensart der Gefahr der Bevorzugung gewisser Bieter dadurch

¹²¹ Die Lebensweisheit: „*Geschäftsbeziehungen zerstören die Freundschaft*“, ist wohl auch keine leere Floskel.

¹²² § 25 Abs 4 BVergG 2006.

entgegenzusetzen, indem die Auswahl der einzuladenden Unternehmer in nicht diskriminierender Weise zu erfolgen hat. *„Die einzuladenden Unternehmer sind so häufig wie möglich zu wechseln. Nach Möglichkeit sind insbesondere kleine und mittlere Unternehmer am Vergabeverfahren zu beteiligen“*¹²³. Ein konkreter Rechtsanspruch an einem bestimmten „Nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung“ teilzunehmen, besteht allerdings nicht¹²⁴.

Im Zuge dieser Verfahrensart stellt *Heid*¹²⁵ einen interessanten Verbesserungsvorschlag auf, um eine Freunderlwirtschaft wirksam zu bekämpfen. **Diese Idee lässt sich auch auf die Direktvergabe übertragen.** Er spricht davon, dass der Modus – nach dem ein Auftraggeber die Auswahl von Unternehmern auf nicht diskriminierende Weise vorzunehmen hat – dadurch gewährleistet werden könnte, indem man eine Art **Unternehmerliste** führt. In dieser Unternehmerliste scheinen für den jeweiligen Auftrag geeignete Unternehmer auf. Diese Liste ist alphabetisch geordnet. Nun muss die Unternehmerliste kontinuierlich „abgearbeitet“ werden, bevor man einen Auftrag zum wiederholten Male an einen bestimmten Auftragnehmer vergibt. Die Führung einer solchen Unternehmerliste hätte ebenfalls nach nichtdiskriminierenden Kriterien zu erfolgen, was bedeutet, dass allen interessierten Unternehmern die Gelegenheit gegeben werden müsste, die Aufnahme in die Liste bei Erfüllung bestimmter vom Auftraggeber vorzugebender Kriterien, zu bewirken¹²⁶. Denkbar wäre auch, die Direktvergabe von bestimmten objektivierbaren Kriterien des konkreten Auftrages (zB Nähe zum jeweiligen Einsatzort, Schwierigkeitsgrad, Auftragshöhe) abhängen zu lassen¹²⁷. Auf diese Weise könnte eine **Rotation der Auftragnehmer** bewirkt werden.

Abschließend dazu möchte ich *Hink*¹²⁸ zitieren. *„Der unterschwelligen Kritik, dass damit Bürgermeister befreundeten Unternehmen die Geschäfte zuschanzen könnten, lässt sich mit einem Argument leicht begegnen: Bürgermeister sind keine Idioten. Sie wissen sehr genau, dass die Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinde sehr genau beobachtet wird. Sie wissen, dass die **Bevölkerung sehr allergisch darauf reagieren würde**, wenn in einer Gemeinde **Freunderlwirtschaft** Einzug hält. Jeder Bürgermeister des Landes hat im eigenen Interesse – nämlich auch im Interesse seiner eigenen politischen Zukunft – darauf zu achten, dass*

¹²³ § 102 Abs 2 BVergG 2006.

¹²⁴ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 319].

¹²⁵ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 320].

¹²⁶ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 320].

¹²⁷ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 320].

¹²⁸ Dr. *Hink* ist Generalsekretär des Österreichischen Gemeindebundes, Aufsatz im Rechtspanorama der *Presse* „Vergaberecht: Bürgermeister sind keine Idioten – eine Verteidigung“ vom 13.4.2009.

Steuermittel möglichst sparsam und effizient eingesetzt werden. Er hat aber auch darauf zu achten, dass Auftragsvergaben nach Möglichkeit unmittelbar in der Region erfolgen, um dort lokale Arbeitsplätze zu sichern. Das ist kein Populismus, sondern verantwortungsvolle Lokalpolitik. Übrigens sind auch Direktvergaben an die Transparenzvorgaben des Vergaberechts gebunden. Schließlich hat jede Gemeinde ihren Rechnungsabschluss und davor auch ihr Budget der Gemeindeaufsichtsbehörde vorzulegen. Nicht zuletzt gibt es auch in jeder Gemeinde einen Kontrollausschuss, der in der Regel von Vertretern der jeweiligen Opposition besetzt ist und sehr zeitnah Vergaben durch die Gemeinde prüft und bewertet“.

Kapitel 3.3: Die formellen Voraussetzungen für eine Direktvergabe gem § 41 BVergG 2006

➔ **Der geschätzte Auftragswert:** Die Zulässigkeit der Direktvergabe ist seit ihrer erstmaligen Aufnahme in das (damalige) BVergG 2002 an die Voraussetzung geknüpft, dass der geschätzte Auftragswert, bestimmte Subschwellenwerte im Unterschwellenbereich nicht überschreitet¹²⁹. Die Direktvergabe ist bei allen Arten von Aufträgen bis zu einem **geschätzten Auftragswert von EUR 40.000,-** zulässig. Bis 30.12.2010 ist die Grenze für die Zulässigkeit einer Direktvergabe auf Grund der Schwellenwerte-Verordnung bis **EUR 100.000,-** angehoben worden¹³⁰. Da die Finanz-, und Wirtschaftskrise – welche den Grund für diese Schwellenwerte-Verordnung darstellt – leider noch nicht vorbei ist, hat der Bundeskanzler diese Schwellenwerte-Verordnung bis 31.12.2011, das heißt auf ein weiteres Jahr befristet, verlängert (siehe Seite 68).

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Durch die Novelle wird der Subschwellenwert von EUR 40.000,- auf EUR 50.000,- angehoben (siehe Seite 200).

Die Schwellenwerte-Verordnung wurde um ein weiteres Jahr verlängert. Daher beträgt die Subschwellenwertgrenze bei der Direktvergabe bis zum 31.12.2012 EUR 100.000,- (siehe Seite 195).
--

Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes für die Direktvergabe ist insbesondere das **Verbot des Auftragssplittens** (§ 13 Abs 4 BVergG 2006) im Hinblick auf zusammengehörige bzw gleichartige Aufträge zu beachten¹³¹. Die Problematik des Auftragssplittings hat in der Praxis – speziell im Zusammenhang mit der Direktvergabe – eine wichtige Bedeutung.

¹²⁹ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

¹³⁰ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 333].

¹³¹ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 333].

Spezialthema: Das Verbot des Auftragsplittens

Ein wichtiges Element des Bundesvergabegesetzes sind die Schwellenwerte. Das Gesetz differenziert zwischen dem Oberschwellen-, und dem Unterschwellenbereich. Mit dem Erreichen der Schwellenwerte sind besondere Rechtsfolgen verbunden. So gelangt im Unterschwellenbereich ein flexibleres vergaberechtliches Regime zur Anwendung. Im Unterschwellenbereich kommt dem Auftraggeber bei der Wahl der Vergabeverfahrensart eine größere Auswahlmöglichkeit zu, bestimmte Fristen verkürzen sich ect. Daher ist der Unterschwellenbereich für den Auftraggeber „angenehmer“. Ein Auftraggeber könnte nun auf die Idee kommen, einen Auftrag, dessen Auftragswert im Bereich des Oberschwellenbereiches liegt, zu splitten, um so in das Regime des Unterschwellenbereiches zu gelangen. Andererseits könnte man einen Auftrag im Unterschwellenbereich so teilen, dass man in den Bereich der Direktvergabe (unter EUR 100.000,-) fällt. Statt einem Auftrag werden nun zwei (oder mehrere) Aufträge zu – für den Auftraggeber angenehmeren Regeln – vergeben.

„Nicht zulässig ist es aber – wie § 13 Abs 4 BVergG normiert – ohne sachliche Rechtfertigung ein Vergabevorhaben aufzuteilen, nicht nur um die Anwendung der Bestimmungen des BVergG 2006 an sich zu umgehen, sondern auch in den Genuss von Sonderverfahren mit vereinfachten Regeln (Direktvergabe) zu kommen“¹³².

Nach den Gesetzesmaterialien zu § 13 Abs 4 BVergG 2006¹³³ beinhaltet diese Bestimmung ein Verbot der willkürlichen Aufteilung von zusammengehörigen Aufträgen¹³⁴. Das Aufsplitten eines Auftrages darf **nicht zu dem Zweck erfolgen strengere Vorschriften zu umgehen**. Das Verbot der willkürlichen Auftragsteilung gilt für jede Form von Aufteilungen, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt werden können.

*„Für die Frage, welches Vergabevorhaben Grundlage für die Auftragswertberechnung ist, ist bei **Dienstleistungen**...auf die Gleichartigkeit der jeweiligen Aufträge im jeweiligen „Fachgebiet“ abzustellen. Unstrittig sind Dienstleistungen des gleichen Fachgebietes, die in einem sachlich und zeitlichen Zusammenhang stehen, für die Auftragswertberechnung zusammenzurechnen und bilden so ein einheitliches Vergabevorhaben“¹³⁵.*

¹³² VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188.

¹³³ Diese Bestimmung entspricht Art 9 Abs 3 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹³⁴ VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188.

¹³⁵ VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188.

Bei **Lieferaufträgen** ist eine Zusammengehörigkeit dann gegeben, wenn „*die Lieferung..., von einem wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen*“¹³⁶.

Maßstab für die Auftragswertberechnung bei **Bauaufträgen** ist der Vorhabensbegriff, welcher aus technisch-funktionaler und wirtschaftlicher Sichtweise zu beurteilen ist¹³⁷.

Besteht ein solcher sachlicher und zeitlicher Zusammenhang **gleichartiger Leistungen**, so steht es dem Auftraggeber **nicht** frei zur Auswahl, ob er den Auftrag einzeln oder getrennt vergeben will. Aufgrund des gesetzlichen Umgehungsverbotes ist es daher unzulässig, aus sachlichen oder technischen Überlegungen „zusammengehörige Aufträge“ zu splitten¹³⁸.

Eine Auftragspplittung aus Gründen der Förderung von Klein-, und Mittelunternehmen kann in Österreich (anders als in Deutschland) nicht als Rechtfertigung herangezogen werden. Eine sachliche Rechtfertigung liegt ebenfalls nicht vor, wenn die Kosten des ordnungsgemäß durchzuführenden Vergabeverfahrens in einem wirtschaftlichen Missverhältnis zum geschätzten Auftragswert stünden¹³⁹.

➔ Maßstab für die Beurteilung des Erreichens des Subschwellenwertes ist der vom Auftraggeber „**sachkundig**“ **geschätzte Auftragswert** (§ 13 Abs 3 BVergG 2006)¹⁴⁰. Das BVA und der Gesetzgeber verstehen unter dem sachkundig ermittelten Auftragswert jenen Wert, „...*den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber (unter Umständen) nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistungen veranschlagen würde*“¹⁴¹. Ist der Auftraggeber zu einer sachkundigen Schätzung mit Eigenressourcen nicht im Stande, so hat er entsprechend externe sachkundige Dritte beizuziehen¹⁴². Gem § 78 Abs 9 BVergG 2006 muss der Sachverständiger unbefangen sein. Externe sachkundige Dritte sind nicht zwingend im Sinne eines „gerichtlich beeideten“ Sachverständigen zu verstehen¹⁴³. Die

¹³⁶ BVA 21.3.1996, F-14/95-14, *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 283].

¹³⁷ B-VKK 28.2.1997, S-11/97-10, *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 286].

¹³⁸ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 282].

¹³⁹ VwGH 8.10.2010, 2007/04/0188.

¹⁴⁰ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 268].

¹⁴¹ BVA 4.12.1997, F-10/97, EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 34.

¹⁴² *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 269].

¹⁴³ *Heid in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 269].

erforderliche Sachkunde eines externen Sachverständigen ist als höher einzustufen, als diejenige eines auftraggeberinternen Mitarbeiters und fordert ein „bestimmtes Ausbildungsniveau“.

Verfügt der Auftraggeber über genügend Erfahrung, so wird er sich bei der Auftragswertberechnung in der Praxis vor allem an Erfahrungswerten orientieren. Ist der geschätzte Auftragswert zwar sachkundig ermittelt worden, weicht dann allerdings vom tatsächlichen Auftragswert ab, so ist dies nicht schädlich. Der **sachkundig ermittelte Auftragswert ist demnach bestandsfest**. So wurde etwa eine Abweichung von ca 30 % über den höchsten Angebotspreis als nicht schädlich qualifiziert, weil bewiesen werden konnte, dass die Schätzung sachkundig erfolgte¹⁴⁴.

Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist von Nettopreisen auszugehen. Außerdem ist bei dieser Berechnung Unvorhergesehenes nicht zu berücksichtigen¹⁴⁵. Auch zu erwartende Preissteigerungen sind nicht zu berücksichtigen¹⁴⁶. Nebenkosten (zB Modellerstellung, Vervielfältigungen) sind in der Regel ebenfalls nicht einzubeziehen¹⁴⁷. Sehr wohl zu berücksichtigen sind hingegen marktübliche Abschläge und Prämien oder Zahlungen an Bewerber oder Bieter¹⁴⁸.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des geschätzten Auftragswertes ist die „**Einleitung“ des konkreten Verfahrens**¹⁴⁹. Bei Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist auf den Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung abzustellen. Bei Vergabeverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung – wie der Direktvergabe – hingegen auf die erste nach Außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers (§ 13 Abs 3 BvergG 2006). Nach den Gesetzesmaterialien ist somit bei einer Direktvergabe ein Verfahren dann eingeleitet, wenn die *„...den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt“*¹⁵⁰. *„(Dies) ist etwa das Setzen der ersten außenwirksamen Handlung des Auftraggebers in Form der*

¹⁴⁴ BVA 10.5.2007, N/0007-BVA/15/2007-67.

¹⁴⁵ BVA 8.1.1998, F-11/97-16.

¹⁴⁶ BVA 13.11.1998, N-36/98-10.

¹⁴⁷ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 273 ff].

¹⁴⁸ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 273 ff].

¹⁴⁹ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 270].

¹⁵⁰ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 34.

*Kontaktaufnahme mit Unternehmern, die der Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewinnen will*¹⁵¹.

Spezialthema: Die „Kleinlosregel“ im Zusammenhang mit der Direktvergabe

Praktisch ist im Zusammenhang mit der Direktvergabe die sog. **„Kleinlosregel“** von sehr hoher Bedeutung. Der Begriff des „Loses“ stammt aus der deutschen Übersetzung der EU-Vergaberichtlinien und meint entweder nach Menge getrennte „Teillose“ oder nach Gewerbebezügen getrennte „Fachlose“¹⁵².

In Österreich besteht prinzipiell eine Ermessensfreiheit des Auftraggebers, ob er eine Leistung gemeinsam oder getrennt vergibt¹⁵³. Diese Wahlfreiheit ist solange gegeben, solange sich der Auftraggeber nicht von unsachlichen Überlegungen leiten lässt¹⁵⁴. Werden nun „zusammengehörige“ Aufträge gemäß der Wahlfreiheit in mehreren Losen ausgeschrieben, so berechnet sich der Auftragswert des jeweiligen Auftrages nach dem kumulierten Wert aller Einzellöse¹⁵⁵. Übersteigt dieser addierte Wert den entsprechenden Schwellenwert, so unterliegt grundsätzlich die Vergabe **aller** Lose den jeweiligen Bestimmungen des BVergG über Oberschwellenaufträge.

Eine Ausnahme besteht allerdings für **„Kleinlose“**. Einzelne Lose eines (kumulierten) **Oberschwellenauftrages**, deren Auftragswert bei Liefer-, und Dienstleistungsaufträgen weniger als EUR 80.000,- bzw bei Bauaufträgen weniger als EUR 1 Mio beträgt, müssen nicht nach den Bestimmungen des BVergG für Oberschwellenwertaufträge ausgeschrieben werden, sofern der kumulierte Auftragswert dieser einzelnen Kleinlose 20 % des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt (sog 20 %-Losregel)¹⁵⁶. Die Kleinlose können nach den weniger strengen Regelungen des BVergG für Unterschwellenwertaufträge vergeben werden¹⁵⁷.

Wenn bei **Liefer-, bzw Dienstleistungsaufträgen**, die Summe aller Lose im **Unterschwellenbereich** liegt und ein Kleinlos weniger als EUR 40.000,- beträgt, so kann es

¹⁵¹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 34.

¹⁵² Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 290].

¹⁵³ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 291].

¹⁵⁴ Die EBRV 1171 BlgNR XXII sprechen davon, dass die Ermessensentscheidung des Auftraggebers „jedenfalls nicht willkürlich erfolgen darf“, bzw Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 291].

¹⁵⁵ § 14 Abs 1, § 15 Abs 3 und § 16 Abs 4 BVergG 2006, bzw Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 292].

¹⁵⁶ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 294].

¹⁵⁷ Siehe Beispiel in Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 294].

sogar im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Auftragswert dieser einzelnen Kleinlose 40 % (sog 40 %-Losregel) des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt (§ 15 Abs 5 und § 16 Abs 6 BVergG 2006)¹⁵⁸.

Im **Baubereich** gilt für den Fall, dass die Summe aller Lose im **Unterschwellenbereich** liegt, insofern eine wichtige Erleichterung, als in diesem Fall nur der Wert des jeweiligen Loses (ohne Rücksicht auf die Zusammenzählung mit anderen Losen) ausschlaggebend für die Wahl der zulässigen Verfahrensart ist (§ 14 Abs 4 BVergG 2006)¹⁵⁹.

➔ **Die anzuwendenden Bestimmungen bei der Direktvergabe:** Der § 41 Abs 1 BVergG 2006 enthält eine **taxative Aufzählung** der Bestimmungen, die bei einer Direktvergabe anzuwenden sind:

- 1. Teil BVergG 2006: Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmung,
- § 3 Abs 1 BVergG 2006: Definition des öffentlichen Auftraggebers,
- §§ 4 bis 6 BVergG 2006: Definition des Bauauftrages, des Lieferauftrages und des Dienstleistungsauftrages,
- § 9 BVergG 2006: Abgrenzungsregeln betreffend der Auftragsarten,
- § 10 BVergG 2006: Ausnahmen vom Geltungsbereich,
- §§ 13 bis 16 BVergG 2006: Bestimmungen betreffend der Berechnung des geschätzten Auftragswertes,
- § 19 Abs 1 BVergG 2006: allgemeine Grundsätze des Vergabeverfahrens,
- § 25 Abs 10 BVergG 2006: Definition der Direktvergabe,
- § 42 Abs 2 BVergG 2006: Festlegung der Gründe für die Wahl der Direktvergabe (Dokumentationsverpflichtung),
- 4. Bis 6. Teil BVergG 2006: Rechtsschutz vor dem BVA; Außerstaatliche Kontrolle und zivilrechtliche Bestimmungen; Straf-, Schluss-, und Übergangsbestimmungen.

Damit sind nun – anders als noch im BVergG 2002 – sämtliche Bestimmungen zur Direktvergabe in einem Paragraphen zusammengefasst.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: In Zukunft sind zusätzlich folgende Vorschriften anzuwenden:

- § 18 Abs 1 BVergG 2006 idF Novelle 2012: Ermächtigung des Bundeskanzlers

¹⁵⁸ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 296].

¹⁵⁹ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 296].

andere Schwellen-, oder Loswerte festzulegen,

- § 19 Abs 2 bis 4 BVergG 2006 idF Novelle 2012: Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit; Verbot der gebietsmäßigen und berufsständischen Beschränkung und die Verpflichtung zur Vergabeabsicht.

Bei einer Analyse der anzuwendenden Vorschriften fällt eines auf: Mangels Verweis auf § 131 BVergG 2006 und § 133 BVergG 2006 stellt sich die Frage, ob eine **Direktvergabe auch bloß mündlich** abgeschlossen werden kann?

Spezialthema: Kein Schriftformgebot bei der Direktvergabe?

Der § 131 Abs 1 BVergG 2006 sieht vor, dass die Bekanntgabe der Zuschlagserteilung „**nachweislich**“ zu erfolgen hat. Unter nachweislich ist die Übermittlung per Fax, auf elektronischen Weg oder – in begründeten Ausnahmefällen – auch brieflich zu verstehen. Diese Übermittlungsmaßnahmen erfüllen alle das **Schriftlichkeitserfordernis** iSd § 2 Z 30 BVergG 2006.

§ 133 BVergG 2006 regelt, dass ein Vertrag während der Zuschlagsfrist erst in jenem Zeitpunkt zustande kommt, in welchem der Bieter eine **schriftliche Verständigung** von der Annahme seines Angebotes erhält bzw dass wenn die Zuschlagsfrist überschritten wurde das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, den Auftrag annehmen zu wollen zustande kommt.

Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass das **BVergG grundsätzlich** – hinsichtlich des Abschlusses des zivilrechtlichen Vertrages – eine **schriftliche Form** verlangt¹⁶⁰.

Für die **Direktvergabe gilt dieses Schriftformgebot jedoch ausdrücklich nicht**, da es keine Verweise auf die §§ 131 bzw 133 BVergG 2006 gibt. *Öhler* argumentiert diesbezüglich außerdem, dass der § 25 Abs 10 BVergG 2006 die Direktvergabe als formfreien Bezug einer Leistung definiert¹⁶¹. „Der Zweck der Direktvergabe liegt gerade in der weitgehenden Freiheit von Formvorschriften wie eben auch dem Schriftlichkeits- und Dokumentationsgebot“¹⁶². Als drittes Argument für das mangelnde Schriftformgebot bei Direktvergaben kann der klare Wortlaut der Gesetzmaterialien herangezogen werden. „Da § 133 gemäß § 41 Abs. 1 bei einer Direktvergabe nicht gilt, kann in diesem Fall das

¹⁶⁰ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 244].

¹⁶¹ *M. Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 41 [Rz 10].

¹⁶² *M. Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 41 [Rz 10].

*Vertragsverhältnis auch mündlich zustande kommen*¹⁶³. Auch *Heid* folgt dieser Meinung. Er meint, dass es darüber hinaus auch vertretbar wäre, die in § 131 bzw § 133 BVergG 2006 vorgesehenen Formvorschriften für den Zuschlag und den zivilrechtlichen Vertrag als (generell) bloße Ordnungsvorschrift zu qualifizieren, da keine Nichtigkeitssanktionen vorgesehen sind, wenn man dieses Formgebot bricht¹⁶⁴.

Der Meinung – wonach eine Direktvergabe auch mündlich abgeschlossen werden kann – ist, aufgrund der derzeitigen Gesetzeslage, wohl zuzustimmen. Allerdings empfinde ich **dieses Ergebnis als sehr bedenklich**.

Formzwecke haben einen bestimmten Sinn. Ein wesentlicher Formzweck ist der Schutz vor Übereilung, welcher vor allem bei Geschäften angebracht ist, deren Gefährlichkeit häufig unterschätzt wird¹⁶⁵. Als Beispiel ist etwa der Schenkungsvertrag zu erwähnen. Andere Formvorschriften verfolgen den Zweck der Beweissicherung, etwa bei einer letztwilligen Verfügung. Wieder andere Formvorschriften bezwecken ein hohes Maß an Offenkundigkeit des Vorganges, wie etwa die Eheschließung¹⁶⁶.

Eine Formvorschrift kann dabei verschieden gestaltet sein. Oft genügt die einfache Schriftform. Falls das Gesetz Schriftform verlangt, bedarf es zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes der Abfassung der wesentlichen Vertragspunkte und der Unterschrift der Vertragsparteien¹⁶⁷. Wird die gesetzliche Form nicht eingehalten, ist das Rechtsgeschäft absolut nichtig¹⁶⁸.

➔ Was spricht nun für das Schriftformerfordernis (auch) bei der Direktvergabe? Der wesentliche Vorteil einer Schriftform wäre bei der Direktvergabe die **erhöhte Beweissicherung**. Man kann sich leichter auf eine tatsächlich vorhandene Urkunde stützen, als auf eine faktisch nicht vorhandene Absprache. Das kann vor allem im Bereich des Rechtsschutzes wichtig sein. Mit einer bloß mündlichen Absprache lassen sich unrechtmäßig erfolgte Direktvergaben leichter vertuschen. Auf was soll sich der übergangene Bieter stützen, wenn die Direktvergabe nicht offensichtlich war? Man könnte somit **mit dem Schriftformerfordernis**, auf relativ einfache Weise, **der Direktvergabe zu mehr**

¹⁶³ RV 1171 BlgNR 22. GP 89 zu § § 133 und § 134 BVergG 2006.

¹⁶⁴ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2446].

¹⁶⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) [Seite 185].

¹⁶⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) [Seite 186].

¹⁶⁷ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) [Seite 186].

¹⁶⁸ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ I (2006) [Seite 188].

Transparenz und Publizität verhelfen. Aufgrund der erhöhten Transparenz wäre das Schriftformgebot damit auch ein Mittel zur Verhinderung von Korruption.

➔ Mit dem Schriftformerfordernis würde man außerdem auch dem **Unionsrecht** Genüge tun. Die EU-Richtlinien sehen, im Bezug auf ihren sachlichen Anwendungsbereich vor, dass **nur schriftliche Verträge** von diesem umfasst sein sollen¹⁶⁹. Dabei ist freilich zu beachten, dass die Sekundärrichtlinien nur den Oberschwellenbereich (die Direktvergabe ist nur im Unterschwellenbereich zulässig) regeln. Die primärrechtlichen Vorgaben sind im Unterschwellenbereich jedoch sehr wohl zu beachten. Vom Primärrecht ist auch das Transparenzgebot (siehe Seite 18) umfasst, welches sich aus dem Diskriminierungsverbot abgeleitet hat. Demnach muss auch im Unterschwellenbereich ein angemessener Grad an Transparenz hergestellt werden, der den Auftragsgegenstand „...dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“¹⁷⁰. Weiters ist allerdings zu beachten, dass die primärrechtlichen Vorschriften im Unterschwellenbereich nur bei einer „potenziellen Binnenmarktrelevanz“ (siehe Seite 18) zu beachten sind. Angesichts der Tatsache, dass derzeit¹⁷¹ eine Direktvergabe bis zu einem Subschwellenwert von EUR 100.000-, zulässig ist, kann eine solche Binnenmarktrelevanz jedoch wohl relativ oft angenommen werden. Der EuGH qualifiziert das Fehlen eines schriftlichen Vertrages als Verstoß gegen den primärrechtlichen Transparenzgrundsatz¹⁷². „Bei Nicht-Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinien schließt das Fehlen eines schriftlichen Vertrages einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz nicht aus“¹⁷³. **Die bisherige Regelung ist daher unionsrechtswidrig.**

➔ Weiters könnte das Schriftformgebot **relativ einfach umgesetzt** werden. Ein einfacher Absatz im § 41 BVergG 2006 wie etwa: „Der Vertragsabschluss muss schriftlich erfolgen“, würde mM genügen. Ein anderer „Umsetzungs-Lösungsansatz“ wäre, dass man die bisherige gesetzliche Situation aufrechterhält, allerdings nun **im Sinne des Unionsrechts interpretiert**.

Aus dem Vorrang des Unionsrechtes¹⁷⁴ ergibt sich die Pflicht für die Mitgliedstaaten, innerstaatliches Recht „so weit wie möglich“ im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen und anzuwenden. Der Judikatur des EuGH ist zu entnehmen, dass dabei vom innerstaatlichen

¹⁶⁹ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 242].

¹⁷⁰ EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03 (Parking Brixen).

¹⁷¹ Aufgrund der Schwellenwert-Verordnung welche bis 31.12.2012 verlängert wurde.

¹⁷² Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 245].

¹⁷³ EuGH 18.12.2007, Rs C-532/03 (Dublin City Council); Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 245].

¹⁷⁴ EuGH Rs 26/62, Van Gend & Loos, Slg 1963, 1; Rs 6/64, Costa/ENEL, Slg 1964, 1251.

Rechtsanwender oft sehr kühne Interpretationen erwartet werden, die auch auf die Umformung des bestehenden Rechtes hinauslaufen¹⁷⁵.

Eine weitere Möglichkeit wäre, die primärrechtlichen Vorgaben **unmittelbar anzuwenden**: Das Transparenzgebot wird zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsrechtes gezählt¹⁷⁶. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind wiederum Teil des Primärrechtes. Eine primärrechtliche Bestimmung ist nach Rechtsprechung des EuGH¹⁷⁷ unmittelbar anwendbar, wenn diese Bestimmung hinreichend konkretisiert und unbedingt ist, in einer Handlungs-, oder Unterlassungspflicht für die Mitgliedstaaten besteht, weitere Vollzugsmaßnahmen nicht erfordert werden und den Mitgliedstaaten kein Ermessensspielraum eingeräumt wird¹⁷⁸. Die Verpflichtung, öffentliche Aufträge schriftlich abzuschließen ist hinreichend konkretisiert, begründet eine Handlungspflicht für den Mitgliedstaat, gewährt diesem keinen Handlungsspielraum und bedarf keiner weiteren Vollzugsmaßnahme. Somit könnte sich ein übergangener Bieter mM, auch bei derzeitiger Gesetzeslage, **unmittelbar auf die primärrechtlichen Bestimmungen stützen**.

➔ Auch aus rechtsvergleichender Sicht lässt sich für das Schriftformgebot bei der Direktvergabe argumentieren. Der öffentliche Auftraggeber handelt bei Beschaffungsvorgängen mit dem Geld der Staatsbürger. Insofern handelt er mit fremdem Geld. Eine ähnliche Situation findet man auch im Gesellschaftsrecht vor. Hier findet man im AktG bzw im GmbHG für Rechtsgeschäfte des Vorstandes bzw des Geschäftsführers sehr strenge Formvorschriften. Hinzu kommt, dass man zumeist freiwillig ein Gesellschafter einer AG oder GmbH ist, während man als Steuerzahler „geboren“ wird. Also sollten, unter dieser Betrachtungsweise, für den öffentlichen Auftraggeber umso strengere Formerfordernisse gelten, als für den Vorstand bzw Geschäftsführer.

Zusammenfassend kann somit gesagt werden, dass gute Gründe dafür sprechen, das Schriftformerfordernis auch bei der Direktvergabe umzusetzen.

Kapitel 3.4: Die Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten

Der § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 regelt die **Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten**. Die Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten ist **im gesamten Unterschwellenbereich** ohne Begrenzung möglich, sofern eine

¹⁷⁵ Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Auflage [Rz 146].

¹⁷⁶ EuGH 23.1.2003, C-57/01 (Makedoniko Metro und Michaniki).

¹⁷⁷ EuGH Rs. Prantl, Slg 1984, 1299 = HV, S. 136, 509 ff.

¹⁷⁸ Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Rz 407].

Einladung zur Vorlage von Projekten oder Projektideen im Wege einer öffentlichen Interessentensuche erfolgte, transnationale Lenkungsorgane eingerichtet wurden bzw mehrere Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Projektes beteiligt sind oder diese Projekte von der Kommission nach Durchführung eines Auswahlverfahrens akzeptiert wurden¹⁷⁹.

Mehr als 20 EU-Strukturfondsprogramme, die derzeit in Österreich umgesetzt werden, bieten die Möglichkeit für verschiedene Projekte EU-Förderungen zu lukrieren¹⁸⁰. An diesen Förderungsprogrammen beteiligen sich Private und die öffentliche Hand in gleicher Weise. Durch fast alle Programme zieht sich jedoch die Vorgabe, dass auch Private bei der Beschaffung die Bestimmungen des Vergaberechtes zu beachten haben¹⁸¹. Mit dieser Vorgabe soll gesichert werden, dass mit den Fördergeldern sparsam umgegangen wird. Der § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 hat daher in der Praxis auch für Private eine wichtige Bedeutung.

Die Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten geht weder auf sekundärrechtliche Vorgaben noch auf Unionsrechtsprechung zurück und ist daher eine österreichische Besonderheit¹⁸². Es hat seine historischen Wurzeln in einer ähnlich lautenden Ausnahmerebestimmung in den Vergaberichtlinien der Stadt Wien¹⁸³. Die Bestimmung ist als Ermächtigung an den Auftraggeber zu sehen. § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 stellt den Versuch dar, das Spannungsverhältnis zwischen den Vorgaben des EU-Förderungsrechts (insbesondere der EU-Strukturfondsverordnung) und dem EU-Vergaberecht aufzulösen¹⁸⁴.

Zu den **einzelnen Tatbestandsmerkmalen** der Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten: Für die Anwendbarkeit des § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 muss es sich um ein aus *Gemeinschaftsmitteln kofinanziertes Projekt* handeln. Unter *Gemeinschaftsmitteln* sind Finanzmittel der Europäischen Union zu verstehen. Im Zusammenhang mit der EU-Strukturpolitik sind mit *Gemeinschaftsmitteln* der Europäische Fonds für regionale Entwicklung, der europäische Sozialfonds und der Kohäsionsfonds gemeint¹⁸⁵. Diese Finanzmittel sollen den drei großen Zielen der EU-Kohäsionspolitik dienen: Konvergenz, regionale Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung sowie Europäische

¹⁷⁹ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 335].

¹⁸⁰ Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 50.

¹⁸¹ Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 50.

¹⁸² Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 335].

¹⁸³ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 335].

¹⁸⁴ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 335].

¹⁸⁵ Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 50.

territoriale Zusammenarbeit. Damit soll der Zusammenhalt innerhalb der EU gestärkt werden. Mit *Kofinanzierung* wird ausgedrückt, dass nur ein gewisser Teil des Projektes aus EU-Geldern finanziert wird. Der restliche Teil muss vom öffentlichen Auftraggeber bzw vom privaten Auftraggeber selbst getragen werden. Für den Begriff *Projekt* sehen die EU-Strukturfondsverordnungen keine Definition vor. Ein Projekt kann daher auch als Vorhaben bezeichnet werden¹⁸⁶.

Im § 41 Abs 2 Z 2 lit a) BVergG 2006 ist „...von einer Einladung zur Vorlage von Projekten oder Projektideen im Wege einer öffentlichen Interessentensuche“ die Rede. Damit sind die „Aufforderungen zur Projekteinreichung“ gemeint, welche in den EU-Strukturfondsprogrammen erfolgen¹⁸⁷. *Bauer* merkt diesbezüglich an, dass in den einzelnen Programmen unterschiedliche Vorgangsweisen bestehen: Ein Teil der Programme startet jedes Jahr mindestens einen solchen Aufruf (zB das transnationale EU-Strukturfondsprogramm „Alpenraum“), welcher auf der Website des Programms sowie über nationale und transnationale Informationsveranstaltungen und Medien bekannt gemacht wird. Das bedeutet, dass Interessenten nur einmal im Jahr die Möglichkeit haben, binnen der vom Programm bekannt gegebenen Frist einen Projektantrag einzureichen¹⁸⁸. Es ist allerdings fraglich, was der Gesetzgeber mit der Voraussetzung der „Einladung zur Projekteinreichung im Wege einer öffentlichen Interessentensuche“ bezwecken wollte. Wohl ging es dem Gesetzgeber dabei darum, ein Mindestmaß an Transparenz herzustellen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, was die förderungsrechtliche Interessentensuche mit den Bekanntmachungspflichten des Vergaberechtes zu tun haben könnte¹⁸⁹. In diesem Fall geht es ja nicht darum, durch den Aufruf zur Projekteinreichung des besten oder billigsten Bieter zu ermitteln sondern vielmehr darum unterschiedliche Projektideen zu gewinnen. Die Themenbereiche der Programme, in denen Projektvorschläge eingebracht werden und die in den Aufrufen zur Projekteinreichung definiert werden, sind sehr allgemein gehalten wie zum Beispiel „Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität des Alpenraums“ oder „Umwelt und Risikoprävention“ im Programm „Alpenraum“¹⁹⁰. Daher haben die Programmstellen zunächst keine Vorstellungen darüber wie die Projektidee von den Interessenten konkret umgesetzt wird. Allenfalls werden in den Aufrufen zur Projekteinreichung noch Präzisierungen vorgenommen. Jedoch sind diese nicht so konkret, dass angenommen werden könnte, dass der förderungsrechtliche Ideenwettbewerb

¹⁸⁶ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 52.

¹⁸⁷ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 53.

¹⁸⁸ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 53.

¹⁸⁹ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 53.

¹⁹⁰ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 54.

dem vergaberechtlichen Wettbewerb für eine bestimmte Leistung vergleichbar wäre¹⁹¹. Die Bestimmungen der EU-Strukturfondsverordnung gehen daher nicht mit den Bestimmungen des BVergG einher und müssen demnach angepasst werden.

Im § 41 Abs 2 Z 2 lit b) BVergG 2006 ist der Begriff der „*transnationale(n) Lenkungsorgane*“ normiert. „*Transnational*“ meint die Zusammenarbeit von Akteuren, die ihren Sitz in mehr als einem Mitgliedstaat haben¹⁹². Hinsichtlich der *Lenkungsorgane* sagen die Gesetzesmaterialien kryptisch, „...*dass es bei der Auswahl der Projekte regelmäßig nicht auf eine Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des § 3 (BVergG 2006), sondern auf die Entscheidung der jeweils relevanten Organe (Kommission, transnationale Lenkungsorgane) ankommt*“¹⁹³. Somit meint der Gesetzgeber jene Lenkungsorgane, welche in den EU-Strukturfondsprogrammen verpflichtend auf Programmebene einzurichten sind¹⁹⁴. Die EU-Strukturfondsverordnungen sehen vor, dass für die Programme sogenannte „Begleitausschüsse“ einzurichten sind. Zu den Aufgaben dieser Begleitausschüsse gehört die Überwachung der Programmumsetzung oder die Festlegung der Förderungskriterien für die Projekte. Von dem Begleitausschuss ist der „Lenkungsausschuss“ zu unterscheiden, welcher gegenüber dem Begleitausschuss zur Berichterstattung verpflichtet ist. Diesem Lenkungsausschuss kann die Festlegung der Förderungskriterien übertragen werden. Die Besetzung dieser Ausschüsse obliegt im Wesentlichen den Mitgliedstaaten selbst. In der Praxis setzen sie sich aus Vertretern der zuständigen Verwaltungsbehörde, der Europäischen Kommission, der am Programm beteiligten Staaten, der Wirtschafts-, und Sozialpartner und sonstigen für das Programm als relevant erachteten Akteuren zusammen¹⁹⁵.

Der § 41 Abs 2 Z 2 lit b) BVergG 2006 eröffnet die Möglichkeit einer Direktvergabe auch dann, wenn „...*mehrere Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Projektes beteiligt sind*“. „Mehrere“ bedeutet, dass mindestens zwei Mitgliedsstaaten beteiligt sind. Es ist jedoch fraglich, **welche Rolle die Mitgliedstaaten** einnehmen müssen, damit von einer „Verwirklichung des Projektes“ gesprochen werden kann? Dazu *Bauer*¹⁹⁶: „*Reicht es, wenn sie gemeinsam in einem Programmausschuss vertreten sind und dort das Projekt zur Kofinanzierung auswählen (bzw die Durchführung einer Maßnahme im Rahmen der „technischen Hilfe“ beschließen) und somit die Umsetzung eines Projektes unter Einsatz von Gemeinschaftsmitteln überhaupt*

¹⁹¹ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 54.

¹⁹² *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 54.

¹⁹³ RV 1171 BlgNR 22. GP 50.

¹⁹⁴ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 54.

¹⁹⁵ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 54.

¹⁹⁶ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 56.

erst ermöglichen? Reicht es, wenn ein Mitgliedstaat dadurch an einem Projekt beteiligt ist, dass im Rahmen des Vorhabens Aktivitäten auf seinem Territorium gesetzt werden, ohne dass es einen Projektpartner aus diesem Staat gibt (zB ein österreichischer Partner in einem Österreich-Italien-Projekt organisiert eine Fachkonferenz in einem deutschen Grenzort)? Genügt es, wenn ein Mitgliedstaat nur insofern an einem Projekt mitwirkt, als er als Beobachter daran teilnimmt (indem er etwa lediglich an den Sitzungen des Projektsteuerungsgremiums teilnimmt, aber weder andere Aktivitäten für das Projekt setzt noch dieses mitfinanziert)? Wann kann man überhaupt annehmen, dass es der Mitgliedstaat ist, der am Projekt mitwirkt? Muss es sich dabei etwa stets um eine öffentliche Stelle handeln, weil nur deren Aktivitäten dem Mitgliedstaat zugerechnet werden können oder reicht es aus, wenn ein privates Unternehmen als Projektpartner agiert“? Mit dieser – nicht vollständigen – Fragenliste soll gezeigt werden, dass durch dieses Tatbestandsmerkmal viele offene Fragen entstehen.

Schließlich ermöglicht der § 41 Abs 2 Z 2 lit c) BVergG 2006 eine Direktvergabe für Projekte welche „...von der Kommission nach Durchführung eines Auswahlverfahrens akzeptiert wurden“. Mit diesem Tatbestandsmerkmal kann einerseits gemeint sein, dass die Kommission selbst zur Kofinanzierung auswählt¹⁹⁷. Andererseits kann damit gemeint sein, dass es darauf ankommt, dass die Europäische Kommission die getroffene Projektauswahl nachträglich billigt¹⁹⁸.

Spezialthema: Kritik und Verbesserungsvorschläge zur Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten

Heid¹⁹⁹ kritisiert, dass die **Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten, in der Praxis mehr Probleme aufwirft**, als sie löst. Die wenig vorhandene Literatur zu diesem Problembereich lässt dabei viele Fragen offen. Bei Betrachtung der Tatbestandsmerkmale wird schnell ersichtlich, dass diese Norm sehr **unbestimmt und kompliziert** ist. Dadurch kommt es in der Praxis immer wieder zu Auslegungsschwierigkeiten.

Zurecht kritisiert Bauer, dass nicht ersichtlich ist wie die drei alternativen Tatbestände eine Direktvergabe über der EUR 100.000,- Grenze **sachlich legitimieren** sollen²⁰⁰. Diese

¹⁹⁷ Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 56.

¹⁹⁸ Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 1, ZVB 2010, 56.

¹⁹⁹ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 335].

²⁰⁰ Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 94.

Bestimmung lässt ja sogar freihändige Auftragsvergaben **bis zum Oberschwellenbereich**²⁰¹ zu. „Wenn eine Norm wie die hier besprochene jedoch in diesem Umfang die Vergabe von Aufträgen aus der Pflicht zur Anwendung von formalisierten Vergabeverfahren ausnimmt und als Rechtfertigung dafür alleine den dargestellten Konnex der Auftragsvergabe mit einem aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekt genügen lässt, können im Lichte des Sachlichkeitsgebotes und des zweifellos vorhandenen Rechtsschutzdefizites bei Direktvergaben durchaus auch verfassungsrechtliche Bedenken dagegen angemeldet werden“²⁰².

➔ **Verfassungsrechtliche Kritik:** Der § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 ist daher aus folgenden Gründen **verfassungsrechtlich bedenklich**: Diese Bestimmung ist dermaßen unbestimmt und kompliziert, dass man sich fragen muss, ob diese Bestimmung nicht gegen die Verpflichtung des Gesetzgebers verstößt, das Handeln der Verwaltung hinreichend zu determinieren? Mit anderen Worten: Wird hier gegen das **Legalitätsprinzip** (Art 18 B-VG) verstoßen? Gesetze, die zu unbestimmt sind oder in anderer Weise das Handeln der Verwaltungsorgane nicht hinreichend genau bestimmen, sondern diesen einen zu großen Spielraum belassen, sind verfassungswidrig²⁰³. Dabei stellt sich natürlich immer die Frage des Ausmaßes der erforderlichen Bestimmtheit der Gesetze²⁰⁴. Nach herrschender Lehre und Judikatur ist das Legalitätsprinzip jedoch nur für den Bereich der Hoheitsverwaltung bindend, nicht aber für die Privatwirtschaftsverwaltung²⁰⁵. Beim Vergabeverfahren nach dem BVergG handelt es sich um einen formalisierten Ablauf zivilrechtlicher Vorgänge. Das öffentliche Beschaffungswesen ist daher im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung anzusiedeln (siehe Seite 14). Dem kann man allerdings wiederum entgegenhalten, dass auch staatliche Leistungen, die privatrechtsförmig erbracht werden, eine gesetzliche Regelung benötigen, sodass ein willkürliches Handeln der öffentlichen Hand ausgeschlossen wird und ein adäquater Rechtsschutz zu gewährleisten ist²⁰⁶. Auch das Unionsrecht tendiert in diese Richtung, was dazu führte, dass Österreich zu einer gesetzlichen Regelung der Vergabe

²⁰¹ Die Höhe der Schwellenwerte wird in §§ 12 und 180 BVergG 2006 normiert:

Bei einem klassischen Auftraggeber ist demnach die Grenze zum Oberschwellenbereich bei Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen EUR 200.000,-; bei Bauaufträgen EUR 5.000.000,-.

²⁰² Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 94.

²⁰³ Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Auflage [Rz 583].

²⁰⁴ siehe dazu genauer Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Auflage [Rz 585 ff].

²⁰⁵ Rill in Rill/Schäfer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (seit 2001) zu Art 18, [Rz 34]; Walter Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht, 2. Auflage 2008 [Rz 497].

²⁰⁶ Öhlinger, Verfassungsrecht, 8. Auflage [Rz 594].

öffentlicher Aufträge mit entsprechenden Rechtsschutzeinrichtungen verpflichtet wurde (siehe Seite 15).

Da die Tatbestandsmerkmale des § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 tatsächlich eine geringe Rechtfertigung für die Durchführung einer Direktvergabe bilden, ist dieses Gesetz eventuell auch **gleichheitswidrig** (Art 7 B-VG), weil unsachlich. Als unsachlich gelten insbesondere unverhältnismäßige, unvernünftige, unplausible und unnötige Regelungen. Dabei muss immer Bedacht werden, dass durch die Regelung des § 41 Abs 2 Z 2 B-VergG 2006 eine Direktvergabe bis an die Grenze der Oberschwellenbereiche²⁰⁷ ermöglicht wird. Stellen Sie sich dazu folgende (frei erfundene) Sachverhalte vor: Sachverhalt 1: Eine österreichische Gemeinde beschließt auf ungarischen Boden²⁰⁸ ein Gebäude mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 4.500.000,-, zu errichten. Nach § 41 Abs 2 Z 2 lit b) BVergG 2006 darf dieser Auftrag in der Form einer Direktvergabe vergeben werden, da „...mehrere Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Projektes beteiligt sind“. Außerdem befindet sich dieser Auftrag noch im Unterschwellenbereich. Sachverhalt 2: Eine österreichische Gemeinde beschließt in Podersdorf am Neusiedlersee ein Gebäude zu errichten. Der geschätzte Auftragswert liegt bei EUR 150.000,-. In diesem Fall ist eine Direktvergabe – da der Subschwellenwert des § 41 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 überschritten wurde – nicht zulässig. Ist diese Differenzierung tatsächlich sachlich gerechtfertigt?

Weiters kann *Bauer* auch in dem Argument gefolgt werden, dass diese Bestimmung verfassungsrechtlich bedenklich ist, weil im Bereich der Direktvergabe tatsächlich erhebliche Rechtsschutzdefizite bestehen (siehe Seite 185). Der § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 ist daher auch problematisch unter dem Gesichtspunkt des **rechtsstaatlichen Prinzips**.

➔ **Unionsrechtliche Kritik:** Aufgrund der mangelnden Transparenz der Direktvergabe sind an dieser Stelle auch **unionsrechtliche Bedenken** (siehe Seite 18) zu erwähnen. Die Direktvergabe iSd § 41 BVergG 2006 ist mit dem primärrechtlichen Transparenzgebot nur schwer in Einklang zu bringen. Die Binnenmarktrelevanz ist geradezu ein Charakteristikum eines aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projektes.

²⁰⁷ Die Höhe der Schwellenwerte wird in §§ 12 und 180 BVergG 2006 normiert:

Bei einem klassischen Auftraggeber ist demnach die Grenze zum Oberschwellenbereich bei Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen EUR 200.000,-; bei Bauaufträgen EUR 5.000.000,-.

²⁰⁸ Für den örtlichen Geltungsbereich des BVergG ist der Standort des öffentlichen Auftraggebers maßgeblich.

➔ **Verbesserungsvorschläge:** *Bauer*²⁰⁹ kritisiert den Gesetzgeber, dass er in Anbetracht der bestehenden Rechtsunsicherheit bereits drei Novellen verstreichen ließ, ohne diese Norm umzuformulieren und zu entschärfen. Gleichzeitig zeigt *Bauer* auch **Verbesserungsvorschläge** auf:

Wichtig wäre, dass die Bestimmungen **genauer formuliert** werden. Dabei sollte auf eine Harmonisierung mit den Begriffen des EG-Förderungsrechts, insbesondere der EG-Strukturfondsverordnung, geachtet werden²¹⁰.

Bauer meint, dass auf das **Tatbestandsmerkmal** der „*Einladung zur Vorlage von Projekten oder Projektideen im Wege einer öffentlichen Interessentensuche*“ verzichtet werden kann, weil damit den vergaberechtlichen Bekanntmachungsverpflichtungen bzw dem Transparenzgebot in keiner Weise Rechnung getragen wird²¹¹. Außerdem sollte auf die Existenz „*transnationaler Lenkungsorgane*“ bzw die „*Beteiligung mehrerer Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Projektes*“ verzichtet werden und vielmehr auf die vorangehende Akkordierung der beabsichtigten Auftragsvergabe mit dem Projekt-, bzw Programmpartner abgestellt werden²¹². Das Tatbestandsmerkmal der Akzeptanz durch die Kommission, hält *Bauer* überhaupt für entbehrlich²¹³.

Weiters hat *Bauer* versucht eine Vorgangsweise zu entwickeln, welche die freihändige Vergabe in EU-Strukturfondsprogrammen und EU-Strukturfondsprojekten bei Auftragswerten jenseits der EUR 40.000,- (bzw momentan EUR 100.000,-) Subschwelle **sachlich rechtfertigt**. „*Bei der vorangehenden Abstimmung der beabsichtigten Auftragsvergabe mit den Programm- bzw Projektpartnern sollte darauf abgestellt werden, dass die den Auftrag vergebende Stelle insb die Kostenschätzung und die Beschreibung der zu beschaffenden Leistung zur Diskussion stellt. Die Partner sollten auch die Möglichkeit haben, geeignet erscheinende Unternehmen vorzuschlagen, die zur Abgabe einer unverbindlichen Preisauskunft oder eines Angebots eingeladen bzw mit der Erbringung der Leistung beauftragt werden sollten. Kommen die Partner aus unterschiedlichen Staaten und machen sie Unternehmer aus ihrem Land namhaft, ist damit ferner ein gewisser Beitrag dazu geleistet, dass auch potentielle Bieter aus anderen Staaten als dem Herkunftsland des AG in Betracht gezogen werden. Durch die Akkordierung der Auftragsvergabe mit seinen Partnern stünde ein*

²⁰⁹ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 94.

²¹⁰ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 96.

²¹¹ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 96.

²¹² *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 96.

²¹³ *Bauer*, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 96.

gewisses Korrektiv dagegen zur Verfügung, dass sich der AG von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt“²¹⁴.

Man könnte dem § 41 Abs 2 Z 2 BVerG 2006 weiters zu einer größeren sachlichen Legitimation verhelfen, indem man die **bisherige Wertgrenze** – für die Zulässigkeit von Direktvergaben bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten – **herabsetzt**. Angesichts der Tatsache, dass der Großteil der Aufträge auf Programm-, und Projektebene Auftragswerte von etwa EUR 100.000,- aufweisen²¹⁵, wäre die EUR 100.000,- Grenze wohl auch für die Direktvergabe gem § 41 Abs 2 Z 2 BVerG 2006 angemessen.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der § 41 Abs 2 Z 2 BVerG 2006, die Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten, aus der Sicht der Praxis prinzipiell sehr begrüßenswert ist. Allerdings wirft diese Bestimmung in ihrer derzeitigen Fassung erhebliche verfassung-, und unionsrechtliche Bedenken auf. Der Gesetzgeber sollte sich mit diesem Problem befassen und eine klarere Bestimmung erlassen.

Änderung durch die BVerG-Novelle 2012: Schlussendlich sind die oben genannten Verbesserungsvorschläge leider nur von theoretischer Natur. Die Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten wird in der **BVerG-Novelle 2012** nämlich **nicht mehr erwähnt** (siehe Seite 200). Meine Gedanken diesbezüglich sind jedoch insofern von Relevanz, da durch die Analyse der bisherigen – gravierenden – Probleme diese Entwicklung nachvollzogen werden kann.

Kapitel 3.5: Die Dokumentationspflichten bei der Direktvergabe

Bei der Direktvergabe wird eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen (§ 25 Abs 10 BVerG 2006). Formfrei bedeutet allerdings nicht, dass auf **gewisse Dokumentationspflichten** des Auftraggebers verzichtet werden darf. Die Dokumentationspflicht leitet sich aus dem primärrechtlichen Gleichbehandlungs-, und Transparenzgrundsatz ab. Die Dokumentationspflichten wirken mittelbar transparenzverstärkend indem Entscheidungsgründe aktenkundig gemacht werden²¹⁶. Die Aufzeichnungen sind zwar nicht für die Bieter bestimmt, wirken jedoch insofern

²¹⁴ Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 96.

²¹⁵ Bauer, EU-Förderungen und Vergaberecht – Teil 2, ZVB 2010, 96.

²¹⁶ Aicher in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes, Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Orac-Verlag [Seite 441].

präventiv, als die Überzeugungskraft der dort festgehaltenen Erwägungen für die Entscheidungen der Vergabekontrollbehörden zu einem strittigen Vergabevorgang von großer Relevanz sind²¹⁷. Diese Dokumentationspflichten sind demnach besonders wichtig für den späteren Rechtsschutz. Dokumentationen sind aber auch deswegen wichtig, weil man mit deren Hilfe Statistiken aufstellen kann. Aus diesen Statistiken können dann wiederum Schlüsse gezogen werden (siehe Seite 27). So haben im Oberschwellenbereich die Auftraggeber bis zum 31.8. jedes Jahres dem Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend (bzw der jeweiligen Landesregierung) eine statistische Aufstellung über die im vorangegangenen Jahr vergebenen Aufträge zu übermitteln (§ 44 Abs 1 BVergG 2006). Der Bundesminister hat diese Aufstellung dann an die Kommission zu übermitteln. Diese statistischen Aufstellungen müssen die Anzahl und den Wert der vergebenen Aufträge im Oberschwellenbereich enthalten. Für den **Unterschwellenbereich** (Direktvergabe) besteht eine solche statische Verpflichtung leider noch nicht. Daher muss man sich im Unterschwellenbereich auf Schätzungen stützen²¹⁸.

➔ **Die Dokumentationspflichten gem § 42 BVergG 2006:** Der § 42 BVergG 2006 regelt die Dokumentationspflichten im Unterschwellenbereich. Gem § 42 Abs 1 BVergG 2006 sind *„Die für die Durchführung eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung oder eines geladenen Wettbewerbes maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten“*. Der § 42 Abs 2 BVergG 2006 normiert die **speziellen Dokumentationspflichten im Bereich der Direktvergabe**. *„Bei der Direktvergabe ist, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, der Gegenstand und der Wert des Auftrages sowie der Name des Auftragnehmers festzuhalten. Im Falle einer Direktvergabe gem § 41 Abs. 2 Z. 2 ist in die Vergabedokumentation ein kurzer Hinweis auf das gegebenenfalls bereits stattgefundene Verfahren aufzunehmen“*.

Diese Dokumentationspflicht nach § 42 BVergG 2006 bildet einen Teil des vom Arbeitgeber zu erstellenden Vergabevermerkes (§ 136 Abs 1 Z 6 BVergG 2006) (siehe Seite 63)²¹⁹. Die gesonderte Bestimmung in § 42 BVergG 2006 lässt erkennen, dass die Dokumentation zu den

²¹⁷ Aicher in Korinek/Rill, Zur Reform des Vergaberechtes, Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, Orac-Verlag [Seite 442].

²¹⁸ RA Dr. Kurt Dullinger schätzt die Bedeutung der Direktvergabe in der Praxis auf unter 1 % aller durchgeführten Vergabeverfahren ein. Allerdings ist bei dieser Schätzung nicht von der Häufigkeit der durchgeführten Direktvergaben, sondern von ihrer Relevanz im Bezug auf das Gesamtvolumen aller Auftragsvergaben auszugehen.

²¹⁹ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 42 [Rz 1].

wichtigen Entscheidungen des Auftraggebers laufend und kontinuierlich zu erfolgen hat. Durch das zeitnahe Festhalten der wichtigen Entscheidungsgründe wird eine ergebnisorientierte Darstellung vermieden und der Gefahr vorgebeugt, wichtige Vorgänge zu vergessen oder nicht mehr nachvollziehbar dokumentieren zu können²²⁰. Die Regelung dient der Dokumentation, insbesondere im Hinblick auf allfällige Nachprüfungsverfahren²²¹. Fehlt es an Unterlagen für erforderliche Dokumentationen, ist ein Nachholen dieser Dokumentationspflicht im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens unzulässig²²². Der öffentliche Auftraggeber hat die Dokumente solange aufzubewahren, **solange ein Nachprüfungsverfahren möglich ist**²²³. Kann oder will der Auftraggeber die Dokumente in einem Nachprüfungsverfahren nicht vorlegen, so ist zu gewärtigen, dass die getroffene Entscheidung – insbesondere die Zuschlagsentscheidung – für die Nachprüfungsbehörde nicht nachvollziehbar ist²²⁴. Im Gegensatz dazu müssen bei elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren²²⁵ sachdienliche Unterlagen mindestens vier Jahre lang aufbewahrt werden²²⁶. Zu beachten ist außerdem, dass zumeist weitergehende Aufbewahrungspflichten nach den jeweiligen Kanzleiordnungen oder nach dem Steuerrecht bestehen²²⁷. Praktisch gesehen ist die Dokumentation weniger für ein späteres Nachprüfungsverfahren wichtig, als für ein späteres Feststellungsverfahren.

Dass der Auftraggeber nur für die Dauer eines möglichen Nachprüfungsverfahrens zur Aufbewahrung verpflichtet ist, ist meiner Meinung nach – speziell in Anbetracht der Direktvergabe – problematisch. Das Nachprüfungsverfahren hat bei der Direktvergabe nämlich praktisch gesehen nur eine sehr geringe Bedeutung (siehe Seite 185). Eine Aufbewahrungspflicht von zB vier Jahren (wie bei einem elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren) wäre daher auch für die Direktvergabe zu überlegen²²⁸. Die Aufbewahrungspflicht sollte jedoch **zumindest sechs Monate** betragen. Nach sechs Monaten ist bei einer rechtswidrigen Direktvergabe nämlich ein Feststellungsantrag nicht mehr möglich (§ 332 Abs 2 BVergG 2006) (siehe Seite 99).

²²⁰ Schäfer in Motzke/Pietzcker/Prieß, Beck'scher VOB-Kommentar, Teil A (2001) § 30 [Rz 1].

²²¹ EB RV 2006 zu § 42 BVergG 2006.

²²² UVS OÖ 02.11.2004, VwSen-550161/17/Ste Linz, am 02.11.2004, Latzenhofer in Gast (Hrsg) Bundesvergabegesetz Leitsatzkommentar, 1. Auflage (2010).

²²³ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 42.

²²⁴ Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1595].

²²⁵ Siehe va §§ 113 ff, 261 f BVergG 2006.

²²⁶ § 137 BVergG 2006.

²²⁷ Auprich in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1595].

²²⁸ Das würde allerdings wieder erhöhte Kosten erzeugen.

Die **Dokumentationspflicht bei der Direktvergabe umfasst**, sofern der Dokumentationsaufwand „*wirtschaftlich vertretbar*“ ist:

- Den Gegenstand und Wert des Auftrages (§ 42 Abs 2 BVergG 2006);
- den Namen des Auftragnehmers (§ 42 Abs 2 BVergG 2006);
- einen kurzen Hinweis auf das gegebenenfalls bereits stattgefundene Verfahren, wenn es sich um eine Direktvergabe iSd § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 handelt (§ 42 Abs 2 BVergG 2006);
- die gegebenenfalls eingeholten unverbindlichen Preisauskünfte (§ 41 Abs 3 BVergG 2006).

Anfechtungen einer Auftragsvergabe im Wege der Direktvergabe stützen sich zumeist darauf, dass die Auftragswertberechnung nicht korrekt iSd § 13 BVergG 2006 erfolgt ist. Aus diesem Grund ist dem Auftraggeber zu empfehlen, dass er auch die Auftragswertberechnung genau dokumentiert. In dieser Dokumentation sollte er unter anderem festhalten, warum eine Zusammenrechnung mit anderen Aufträgen unterblieben ist²²⁹. *Öhler* empfiehlt Auftraggebern weiters, die Gründe festzuhalten, die für das Vorliegen der Eignung des Unternehmers sprechen²³⁰.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Mit Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2012 wird auch die **Preisangemessenheit** verpflichtend schriftlich festzuhalten sein (§ 42 Abs 2 BVergG 2006 idF Novelle 2012) (siehe Seite 195)²³¹. Der kurze Hinweis auf das gegebenenfalls bereits stattgefundene Verfahren, wenn es sich um eine Direktvergabe iSd § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 handelt, fällt – da die Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten entfernt wurde (siehe Seite 200) – hingegen weg.

Die vergebenen Leistungen sind ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert, wenn der Auftraggeber für jede Direktvergabe einen eigenen Auftragsschein vorlegen kann, in dem der

²²⁹ Stadt Wien, Wiener Wohnen, vgl VKS Wien 4.6.2007, VKS-2581/07.

²³⁰ M. *Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 42 [Rz 6].

²³¹ *Heid/Schiefer/Fink*, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2.

Wert des Auftrages, der Name des Auftragnehmers, dessen Anschrift, die Auftragsnummer, das Datum der Auftragserteilung und der geschätzte Auftragswert enthalten ist²³².

Die Dokumentationspflicht besteht bei der Direktvergabe nur solange, „*sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist*“. Daher stellt sich die Frage, **ob nicht alle Direktvergaben zu dokumentieren sind?**

Spezialthema: Keine Dokumentationspflicht bei der Direktvergabe?

Was genau unter „*wirtschaftlich vertretbar*“ zu verstehen ist, lassen die Gesetzesmaterialien zum § 42 BVergG 2006 offen. Eine ähnliche Formulierung findet man im § 38 Abs 3 BVergG 2006 ²³³ : „*sofern...(die) Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar (sind)*“. Nach den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung, soll für das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals entscheidend sein, „*...ob die Kosten des Auftraggebers für die Durchführung des Verfahrens in einer wirtschaftlichen Relation stehen oder nicht*“. Man muss sich demnach fragen: Würden die Kosten für die Dokumentation die Gewinne aus der Vergabe dermaßen „auffressen“, dass sich die Auftragsvergabe wirtschaftlich gar nicht rechnet? Für diese Beurteilung ist die ex ante Betrachtung eines sachkundigen Auftraggebers heranzuziehen ²³⁴ . Der ohnehin sehr geringe Dokumentationsaufwand wird nicht gefordert, wenn er im Vergleich zum geschätzten Auftragswert wirtschaftlich unangemessen wäre. Dies kann nur bei Kleinaufträgen angenommen werden ²³⁵ . Generell ist davon auszugehen, dass der Auftraggeber der Aufzeichnungspflicht immer dann nachkommen sollte, wenn aufgrund der Höhe des Auftragswertes, der Bedeutung des Auftragsgegenstandes oder aus anderen dem Auftraggeber bekannten Gründen ein Interesse anderer Unternehmer an dem Auftrag denkbar ist²³⁶ .

Aus meiner Sicht ist es kaum vorstellbar, dass ein Auftrag so geringfügig ist, dass eine Dokumentation iSd § 42 Abs 2 BVergG 2006 nicht wirtschaftlich vertretbar wäre. Die ohnehin sehr spärlich ausgefallenen Dokumentationspflichten bringen außerdem sowohl für die Bieter, als auch für den Auftraggeber Vorteile. Der Auftraggeber kann mit einer Dokumentation seine Entscheidungen „nachprüfungsfester“ machen. Der Bieter profitiert

²³² VKS Wien 30.10.2008, VKS-7550/08 und VKS-7552/08, *Latzenhofer* in *Gast* (Hrsg) Bundesvergabegesetz Leitsatzkommentar, 1. Auflage (2010).

²³³ § 38 Abs 3 BVergG 2006 regelt die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer bei geistigen Dienstleistungen.

²³⁴ *M. Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 38 [Rz 25].

²³⁵ *M. Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 42 [Rz 4].

²³⁶ *M. Öhler/J. Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 42 [Rz 4].

andererseits von der größeren Transparenz. **Demnach sprechen für mich gute Gründe dafür, das Tatbestandsmerkmal „sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist“ aus dem § 42 Abs 2 BVergG 2006 zu streichen.** Durch diese Formulierung wird eine unnötige Rechtsunsicherheit erzeugt. Zudem tut eine Direktvergabe ohne jeglichen Dokumentationsaufwand, wohl auch dem europarechtlichen Transparenzgebot nicht Genüge (siehe Seite 18).

➔ **Der Vergabevermerk bei der Direktvergabe:** Spricht man von Dokumentationspflichten im Vergaberecht, so muss immer auch der **Vergabevermerk** gem § 136 BVergG 2006 erwähnt werden. Demnach haben Auftraggeber im „klassischen“ Bereich über jeden vergebenen Auftrag einen Vergabevermerk anzufertigen. Beim offenen Verfahren hat dieser bspw folgendes zu umfassen; den Namen und die Anschrift des Auftraggebers, den Gegenstand und Wert des Auftrages, die Namen der ausgeschlossenen Bieter und die Gründe für die Ablehnung, den Namen des erfolgreichen Bieters sowie die Gründe für die Auswahl seines Angebotes und den Anteil, den der erfolgreiche Bieter an Dritte weiterzugeben beabsichtigt²³⁷. Der Vergabevermerk soll – wie auch die Dokumentationspflicht gem § 42 Abs 2 BVergG 2006 – dazu dienen, Entscheidung des Auftraggebers verfolgen zu können. Damit soll eine einfachere Kontrolle gewährleistet werden. Der Vergabevermerk ist daher ein Element des Transparenzgrundsatzes.

Gem § 136 Abs 3 BVergG 2006 kann von der Erstellung eines Vergabevermerkes **gänzlich abgesehen werden**, wenn der Auftragswert unter EUR 120.000,- liegt und die erforderlichen Angaben gem § 136 Abs 1 Z 1 bis 7 BVergG 2006 aus dem Vergabeakt hervorgehen. Daher stellt sich bei der Direktvergabe folgende Frage: **Muss bei dieser Vergabeart ein Vergabevermerk angefertigt werden?** Schließlich ist die Direktvergabe unterhalb dieser EUR 120.000,- Schwelle angesiedelt.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Durch die Novelle wird diese EUR 120.000,- Schwelle auf den gesamten Unterschwellenbereich ausgedehnt.

Spezialthema: Kein Vergabevermerk bei der Direktvergabe?

Von der Abfassung eines Vergabevermerkes kann bei Aufträgen, deren geschätzter Auftragswert unter EUR 120.000,- liegt abgesehen werden. Somit ist ein Vergabevermerk bei Direktvergaben nicht zwingend. Von einem Vergabevermerk darf allerdings **nur dann**

²³⁷ § 136 Abs 1 Z 1 bis 7 BVergG 2006.

abgesehen werden, „...sofern die Angaben gemäß Abs. 1 Z 1 bis 7 ohne großen Aufwand aus der Vergabedokumentation ersichtlich sind“.

Ähnlich wie bei der „wirtschaftlichen Vertretbarkeit“ iSd § 42 Abs 2 BVergG 2006 ist nicht ganz klar was der Gesetzgeber meint, wenn er von „ohne großen Aufwand aus den Vergabedokumentationen ersichtlichen Angaben“ spricht. Im Umkehrschluss muss das aber bedeuten, dass wenn keine Dokumentation iSd § 42 Abs 2 BVergG 2006 stattgefunden hat (etwa weil diese nicht „wirtschaftlich vertretbar“ war), zwingend ein Vergabevermerk zu erstellen ist. Bestehen nämlich keine Vergabedokumentationen, so sind die in § 136 Abs 1 Z 1 bis 7 BVergG 2006 genannten Angaben klarerweise auch nicht ersichtlich.

Zu einer anderen Lösung kommt man hingegen dann, wenn man das Verhältnis des § 136 Abs 3 BVergG 2006 zum § 42 Abs 2 BVergG 2006 (siehe Seite 59) betrachtet. Im Verhältnis zu § 136 Abs 3 BVergG 2006 ist **§ 42 Abs 2 BVergG 2006** als **lex specialis** anzusehen, da er nur Regelungen zur Direktvergabe trifft, während § 136 Abs 3 BVergG 2006 die Dokumentationspflicht aller vergebener Aufträge unter EUR 120.000,- regelt²³⁸. Daher muss den Dokumentationspflichten des § 42 Abs 2 BVergG 2006 – trotz Wertungswiderspruch zu § 136 Abs 3 BVergG 2006 – nachgekommen werden²³⁹. Somit könnte man an dieser Stelle argumentieren, dass im Falle der wirtschaftlichen Unvertretbarkeit der Dokumentation, gar kein Vergabevermerk erstellt werden muss. Dies würde sich nämlich aus der Spezialität des § 42 Abs 2 BVergG 2006 ergeben.

Der Auftraggeber hat jedoch jedenfalls auch die Möglichkeit („kann von der Erstellung eines Vergabevermerkes...Abstand nehmen“) einen Vergabevermerk, auch im Bereich unter EUR 120.000,-, **freiwillig** zu verfassen. Da der öffentliche Auftraggeber durch ein dokumentiertes, nachvollziehbares Vorgehen seine Entscheidung transparenter gestalten kann, ist ihm zur Erstellung eines Vergabevermerkes auch anzuraten.

➔ **Die Dokumentationspflichten gem § 41 Abs 3 BVergG 2006:** Gem § 41 Abs 3 BVergG 2006 sind die, bei der Durchführung einer Direktvergabe **gegebenenfalls eingeholten unverbindlichen Preisankünfte**, entsprechend zu dokumentieren. Dieser Hinweis stellt klar, dass es bei der Direktvergabe grundsätzlich nicht unzulässig ist, einen Wettbewerb zwischen mehreren Unternehmen durchzuführen²⁴⁰. Diese Ansicht wird nun

²³⁸ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 42 [Rz 5].

²³⁹ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 42 [Rz 5].

²⁴⁰ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 337].

auch vom BVA in einer aktuellen Entscheidung²⁴¹ vertreten. Andererseits geht aus dieser Formulierung hervor, dass den Auftraggeber gerade **keine Pflicht trifft einen Wettbewerb** durchzuführen. Der öffentliche Auftraggeber ist demnach nicht dazu verpflichtet mehrere Angebote einzuholen. Er kann die Leistung auch nur aufgrund eines Einzelangebotes von einem Unternehmer beziehen. Das kann natürlich dazu führen, dass der Auftraggeber nicht die beste am Markt erhältliche Leistung bezieht. Entscheidet sich der Auftraggeber hingegen für einen Wettbewerb, so ist er nicht dazu verpflichtet, verbindliche Angebote iSd § 2 Z 3 BVergG 2006 einzuholen²⁴². Vielmehr hat der Auftraggeber die Möglichkeit, auch bloß unverbindliche Preisankündigungen einzuholen. Der entscheidende Unterschied zwischen einem verbindlichen Angebot und einer unverbindlichen Preisankündigung ist der mangelnde Bindungswille. Die Möglichkeit unverbindliche Preisankündigungen einzuholen soll dem Auftraggeber die Möglichkeit der Durchführung eines Wettbewerbes bei der Direktvergabe erleichtern, da es – insbesondere bei kurzfristigen Anfragen – einfacher ist, von Unternehmern unverbindliche Ankündigungen im Gegensatz zu verbindlichen Angeboten zu erhalten²⁴³. Heid meint, dass aus der allfälligen Einholung von (verbindlichen) „Angeboten“ sich jedoch nicht der Wille des Auftraggebers ableiten lässt, ein „Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung“ bzw ein „Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung“ anstelle der Direktvergabe durchzuführen²⁴⁴. Ein zunächst unverbindliches Angebot kann in der Folge auch als verbindliches Angebot umformuliert werden.

Die bei der Durchführung einer Direktvergabe gem § 41 Abs 3 BVergG 2006 gegebenenfalls eingeholten unverbindlichen Preisankündigungen sind „entsprechend zu dokumentieren“. Was genau darunter zu verstehen ist lässt der Gesetzgeber allerdings offen. Klar ist jedoch, dass – sofern der Aufwand einer Dokumentation wirtschaftlich vertretbar ist – über den § 41 Abs 3 BVergG 2006 hinaus gem § 42 Abs 2 BVergG 2006 der Gegenstand und Wert des Auftrages sowie der Name des Arbeitnehmers schriftlich festzuhalten sind²⁴⁵.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Im § 25 Abs 10 BVergG 2006 idF Novelle 2012 wird die Direktvergabe wie folgt definiert: „Bei der Direktvergabe (wird) eine

²⁴¹ BVA 1.7.2011, N/0025-BVA/14/2011-19.

²⁴² Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 337].

²⁴³ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 337].

²⁴⁴ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 337]; andere Meinung Casati/Holoubek, Bundesvergabegesetz 2006, 60; Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2005) § 6 [Rz 275].

²⁴⁵ M. Öhler/J. Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 41 [Rz 20].

Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei und unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen“. Damit soll die Möglichkeit eines Wettbewerbes bei der Direktvergabe unterstrichen werden.

Kapitel 3.6: Die Direktvergabe im Sektorenbereich

Unter einem Sektorenauftraggeber wird ein Auftraggeber verstanden, welcher eine sog **Sektorentätigkeit** ausübt. Als Sektorentätigkeit erfasst das BVergG²⁴⁶ folgende (taxativ) angeführte Tätigkeiten:

- im Bereich von Gas, Wärme und Elektrizität
- im Bereich von Wasser
- im Bereich des Verkehrs
- im Bereich der Postdienste
- zum Zweck des Aufsuchens und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen
- im Bereich von Häfen und Flughäfen

Wird eine Sektorentätigkeit ausgeübt, zieht dies für den Auftraggeber die Geltung des 3. Teiles des BVergG 2006 nach sich, wenn der konkrete Auftrag „im Zusammenhang mit und zum Zweck der Durchführung der Sektorentätigkeit“²⁴⁷ vergeben wird²⁴⁸. Sektorenauftraggeber sind zB die ÖBB, die Bau Infrastruktur GmbH, die Wiener Linien GmbH & Co KG oder die Flughafen Wien AG.

Insgesamt zeichnet sich das Sektorenvergaberecht dadurch aus, dass es den Sektorenauftraggebern – im Gegensatz zu den klassischen Auftraggebern – **mehr Flexibilität bei der Vergabe von Aufträgen** einräumt²⁴⁹. Dies hat seine Ursache darin begründet, dass Sektorenauftraggeber regelmäßig in Märkten tätig sind, in denen sie einem gewissen Maß an Wettbewerb ausgesetzt sind, weshalb die Gefahr, dass sie sich bei ihrer Tätigkeit von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen und es dadurch zu Wettbewerbsverzerrungen oder ineffizienten Einsatz von öffentlichen Mitteln kommt, im Vergleich zu Vergaben durch

²⁴⁶ § 167 ff BVergG 2006.

²⁴⁷ EuGH 10.4.2008, C-393/06, *Ing. Aigner*, Slg 2008 I-2339.

²⁴⁸ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 718].

²⁴⁹ Stempkowski/Holzinger in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1613].

öffentliche Auftraggeber im klassischen Bereich ein Stück weit reduziert ist²⁵⁰. Mit anderen Worten können in diese Bereiche auch Private eintreten und daher darf die Privatautonomie der öffentlichen Auftraggeber nicht so massiv eingeschränkt werden. Ansonsten könnten die öffentlichen Unternehmen auf diesen Märkten nicht bestehen.

Im Sektorenbereich ist eine Direktvergabe bis zu einem Auftragswert von **EUR 60.000,-** zulässig²⁵¹. Aufgrund der Schwellenwerte-Verordnung²⁵² ist die Direktvergabe jedoch aktuell – wie auch im klassischen Bereich – bis zu einem Auftragswert von EUR 100.000,- zulässig.

Interessant ist, dass der reguläre Subschwellenwert im Sektorenbereich mit EUR 60.000,- um EUR 20.000,- höher angesetzt ist als im klassischen Bereich. Dazu sagen die Gesetzesmaterialien²⁵³: „*Um den Besonderheiten des Sektorenbereiches Rechnung zu tragen, wurden die Schwellenwerte im Vergleich zum klassischen Bereich höher angesetzt*“.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Der Subschwellenwert wird im Sektorenauftraggeberbereich auf EUR 75.000,- erhöht (siehe Seite 200).

Im § 201 BVergG 2006 (der Direktvergabe im Sektorenbereich) nicht enthalten, ist eine dem § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 entsprechende Regelung (Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten), da für diese Bestimmung im Sektorenbereich kein Anwendungsbereich ersichtlich ist²⁵⁴.

Ansonsten entspricht die Direktvergabe im Sektorenbereich „*im Wesentlichen*“²⁵⁵ der Direktvergabe des klassischen Bereiches.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Mit der Novelle wird im Sektorenauftraggeberbereich die „*Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb*“²⁵⁶ eingeführt (siehe Seite 197).

²⁵⁰ Stempkowski/Holzinger in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1613].

²⁵¹ § 201 Abs 2 BVergG 2006.

²⁵² BGBl II 2009/125.

²⁵³ EB RV 2006 zu § 201 BVergG 2006.

²⁵⁴ EB RV 2006 zu § 201 BVergG 2006.

²⁵⁵ EB RV 2006 zu § 201 BVergG 2006.

²⁵⁶ § 201a BVergG 2006 idF Novelle 2012.

Kapitel 3.7: Die Schwellenwerte-Verordnung 2009

Mit der **Schwellenwerte-Verordnung 2009**²⁵⁷ zum BVergG 2006 wurden die bisherigen Wertgrenzen des BVergG 2006 für die Direktvergabe und bestimmte andere vereinfachte Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorübergehend deutlich angehoben. Die Verordnung ermöglicht die Wahl der Direktvergabe für Auftraggeber generell bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 100.000,-. Die bisherigen Schwellen von EUR 40.000,- im klassischen Bereich bzw EUR 60.000,- im Sektorenbereich, werden damit zugunsten einer einheitlichen Schwelle aufgegeben. Von der Anhebung des Grenzwertes sind auch die Direktvergabe von Dienstleistungskonzessionen und nicht prioritären Dienstleistungen betroffen, welche bislang ebenfalls nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 40.000,- bzw EUR 60.000,- zulässig waren²⁵⁸.

Der Grund für diese Maßnahme war und ist die Wirtschafts-, und Finanzkrise. In wirtschaftlichen und finanziellen Krisenzeiten sind politische Gestaltungs-, und Steuerungselemente besonders wichtig. Neben staatlichen Förderungen und Subventionen wird auch die öffentliche Auftragsvergabe verstärkt als Instrument zur gezielten Ankurbelung der Wirtschaft verstanden und eingesetzt, wenn es zB darum geht, volkswirtschaftlich wichtige Wirtschaftszweige wie etwa die Baubranche durch staatliche Aufträge unmittelbar zu erreichen²⁵⁹. Das komplexe Vergaberecht wird dabei vielfach als Hindernis angesehen. Seitens der Politik wird deshalb verstärkt nach geeigneten Wegen gesucht, mögliche Effizienzverluste durch Flexibilisierungsmaßnahmen im Vergaberecht entgegen zu wirken²⁶⁰. **Erklärtes Ziel dieser Maßnahme ist somit die Konjunkturbelebung.** Durch raschere und vereinfachte Auftragsvergaben sollen – besonders im kommunalen Bereich – sofort investitionsfördernde und beschäftigungswirksame Schritte zur Bekämpfung der Krise gesetzt werden können.

Im Oberschwellenbereich hat die Europäische Kommission den Rückgriff auf beschleunigte Vergabeverfahren bei größeren öffentlichen Projekten als Maßnahme zur Unterstützung der Volkswirtschaft generell anerkannt. Der Europäische Rat hat in diesem Zusammenhang auf seiner Tagung am 11. und 12.12.2008 befürwortet, dass *„in den Jahren 2009 und 2010 die beschleunigten Verfahren der Richtlinien über das öffentliche Beschaffungswesen angewandt*

²⁵⁷ Schwellenwerteverordnung 2009, BGBl II 2009/125.

²⁵⁸ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁵⁹ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁶⁰ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

werden, was durch den außergewöhnlichen Charakter der gegenwärtigen Wirtschaftslage gerechtfertigt ist, um die Dauer des Ausschreibungsprozesses bei den gebräuchlichsten Verfahren für Großprojekte der öffentlichen Hand von 87 auf 30 Tage zu verkürzen“. Die Europäische Kommission hat ihrerseits anerkannt, „dass der **Ausnahmecharakter der aktuellen Wirtschaftslage** dazu führen kann, dass eine raschere Durchführung umfangreicher öffentlicher Arbeiten notwendig wird. Diese Dringlichkeit dürfte grundsätzlich zur Rechtfertigung des Rückgriffs auf das beschleunigte Verfahren ausreichen, womit sich die Dauer des Verfahrens insgesamt von 87 Tagen auf 30 Tage verringert. Die Annahme der Dringlichkeit sollte in den Jahren 2009 und 2010 für alle größeren öffentliche Projekte gelten“. Aber **auch im Unterschwellenbereich** besteht, vor allem auf kommunaler Ebene, das Bedürfnis Auftragsvergaben möglichst rasch und unkompliziert abwickeln zu können.

Diese Schwellenwerte-Verordnung ist am **30.4.2009 in Kraft getreten**. Ihre Gültigkeit wurde zeitlich bis zum 31.12.2010 befristet. Da die Finanz-, und Wirtschaftskrise allerdings noch nicht beendet ist, hat der Bundeskanzler die Schwellenwerte-Verordnung bis auf den 31.12.2011, das heißt auf ein weiteres Jahr befristet, verlängert. Die Verlängerung der bisherigen Schwellenwerte-Verordnung erfolgte durch eine Verordnung vom 22.12.2010, bekannt gemacht im BGBl II 2010/455. Diese Erleichterung für die Direktvergabe wurde auch in anderen Mitgliedstaaten der Union (vgl etwa Frankreich, Deutschland, Portugal, Lettland) wahrgenommen²⁶¹. In Deutschland wurde etwa mit Zustimmung der überwiegenden Anzahl der Bundesländer eine Verlängerung des Konjunkturpakets II, betreffend „*Beschleunigung von Investitionen durch Vereinfachung des Vergaberechtes*“, beschlossen²⁶². Auf **Bundesebene** erfolgte in Deutschland hingegen keine über die Befristung hinausgehende Verlängerung der vergaberechtlichen Erleichterung²⁶³.

Aufgrund der andauernden Wirtschafts-, und Finanzkrise wurde die Schwellenwerte-Verordnung in Österreich neuerlich **bis zum 31.12.2012 verlängert** (siehe Seite 195).

Die Verordnung stützt sich auf die §§ 18 und 186 des BVergG 2006, wonach der Bundeskanzler, sofern dies unter anderem im Interesse einer einheitlichen Vorgangsweise bei

²⁶¹ Michael Fruhmman, Die Schwellenwerteverordnung 2009, ZBV 2009/43.

²⁶² Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

²⁶³ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

der Vergabe von Aufträgen zweckmäßig ist, durch Verordnung andere als im BVergG 2006 festgesetzte Schwellenwerte festlegen kann²⁶⁴.

Die Inhalte der Verordnung wurden gemäß den verfassungsrechtlichen Vorgaben mit den Ländern in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe abgeglichen. Gem Art 14b Abs 5 iVm Abs 4 B-VG bedurfte die Kundmachung der Verordnung der Zustimmung der Länder²⁶⁵.

Neben den entsprechenden makroökonomischen Effekten, wie etwa positive Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Österreich, hat sich der Verordnungsgeber eine Reduktion der Verwaltungslasten für Unternehmen bei der Beteiligung an Auftragsvergaben erhofft²⁶⁶. Der erleichterte Zugang zur freihändigen Beschaffung aufgrund der angehobenen Schwellenwerte führt zweifellos zu einer Reduktion der Verwaltungslasten der öffentlichen Auftraggeber, da ein formalisiertes Verfahren unter Teilnahme mehrerer Bieter gänzlich entfallen kann. Dies wird auch durch eine vom Wirtschaftsministerium beauftragte Marktumfrage bestätigt. Dieser zufolge konnten 82 % der befragten 300 Gemeinden und 13 Städte eine deutliche Reduktion der internen Verwaltungskosten bei der öffentlichen Auftragsvergabe bestätigen²⁶⁷. Die von der Anhebung der Schwellenwerte zur Direktvergabe betroffenen Aufträge sind überwiegend Aufträge im kommunalen Bereich²⁶⁸.

„Der erhoffte positive Effekt (rasche Abwicklung investitions-, und beschäftigungswirksamer Maßnahmen zur Stimulierung der Wirtschaft) könnte jedoch konterkariert werden, falls die Abwicklung von Direktvergaben als „Freibrief“ missverstanden würde“²⁶⁹.

Spezialthema: Kritik an der Schwellenwerte-Verordnung 2009

Die Anhebung der Direktvergabeschwelle hat bereits im Vorfeld der Verordnungserlassung zu Diskussionen geführt. So etwa im „*Rechtspanorama der Presse*“, wo die bevorstehende Anhebung der Schwellenwerte für Direktvergaben als Populismus bezeichnet wurde: *„Wenn etwa innerhalb weniger Tage die Vergabe öffentlicher Aufträge wesentlich erleichtert wird, nahezu zeitgleich aber auch eine Kürzung der dafür zur Verfügung stehenden Mittel beschlossen wird, dann wird offensichtlich, dass es nach wie vor an einer Gesamtstrategie*

²⁶⁴ Annemarie Mille, Verlängerung der Schwellenwerteverordnung, RPA 2011, 4.

²⁶⁵ Michael Fruhmann, Die Schwellenwerteverordnung 2009, ZBV 2009/43.

²⁶⁶ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

²⁶⁷ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

²⁶⁸ Annemarie Mille, Verlängerung der Schwellenwerteverordnung, RPA 2011, 4.

²⁶⁹ Michael Fruhmann, Die Schwellenwerteverordnung 2009, ZBV 2009/43.

fehlt, wie der Krise wirksam begegnet werden kann²⁷⁰. Kritik wird dabei nicht nur an der **wirtschafts-, und rechtspolitischen** Zweckmäßigkeit der Ausweitung geübt, sondern auch **verfassungs-, und unionsrechtliche Bedenken** werden geäußert²⁷¹.

➔ **Verfassungsrechtliche Kritik:** Der VfGH hat bereits ausgesprochen, dass es unter Sachlichkeitsgesichtspunkten an sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken aufwirft, wenn „...*vergebenden Stellen bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen geringen Wertes freihändige Vergaben ohne formalisierte Vergabeverfahren*“ ermöglicht werden²⁷². Diese Rechtsprechung ist allerdings noch zu den alten – weitaus geringeren – Schwellen ergangen. Bei einer **betragsmäßigen Bestimmung**, wann ein solcher geringfügiger Auftragswert vorliegt, ist von einem relativ weiten Gestaltungsspielraum des normsetzenden Organes auszugehen²⁷³. Insofern erscheinen die mit der Schwellenwerte-Verordnung gezogenen Grenzwerte jedenfalls nicht von vornherein als unsachlich hoch²⁷⁴. Im Zuge meiner Recherchen habe ich die Frage – der verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Höhe der neuen Subschwellenwerte – auch den Vergaberechtsexperten RA Mag. *Harrer* und RA Dr. *Dullinger* gestellt. Für beide sind diese verfassungsrechtlichen Bedenken nicht gerechtfertigt! In der anwaltlichen Praxis begrüßen beide diese Anhebung. Beide sprechen sich zudem dafür aus, dass diese angehobene Schwelle dauerhaft Bestand haben soll. Aufgrund der hohen Kosten eines Vergabeverfahrens, ist dieser Schritt im Sinne eines ökonomischen Handels und im Sinne des Wirtschaftlichkeitsgebotes des Art 126b Abs 5 B-VG, sogar geboten. Ich folge ihnen in dieser Auffassung und komme daher zu dem Schluss, dass die **Höhe der angehobenen Schwelle aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht bedenklich ist**. Es soll allerdings angemerkt werden, dass 2002 bereits eine Schwelle von EUR 30.000,- als kritisch eingestuft wurde. „*Ob allerdings die Höhe des Schwellenwertes sachlich gerechtfertigt ist, könnte auch in Frage gestellt werden, insbesondere wenn man den vergleichsweise eher geringen Aufwand eines Verhandlungsverfahrens ohne öffentliche Bekanntmachung bedenkt*“²⁷⁵.

Die Meinung der Rechtsanwälte wird auch von der Wirtschaftskammer Österreich geteilt: „*Die Wirtschaftskammer Österreich spricht sich massiv für eine Verankerung der*

²⁷⁰ *Andreas Nemec*, Geschäftsführer der Bundesbeschaffung GmbH: „Öffentliche Aufträge: Ein Schlupfloch wie ein Scheunentor“ im Rechtspanorama vom 05.04.2009 in *der Presse*.

²⁷¹ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁷² VfSlg 16.027/2000.

²⁷³ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁷⁴ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16

²⁷⁵ *Resch* in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, [Seite 139].

*Schwellenwerte-VO direkt im Bundesvergabegesetz bzw. zumindest für eine nochmalige Verlängerung der VO aus. Eine derartige Maßnahme ist einerseits einfach umsetzbar und liefert andererseits einen wesentlichen Beitrag zur Einsparung von Verwaltungskosten*²⁷⁶. Ebenso der österreichische Wasser-, und Abfallwirtschaftsverband: „Mit Verordnung BGBl 2009/II/125 wurde der Wert für die Direktvergabe auf EUR 100.000,00 bis zum 31.12.2010 erhöht. Die Vollzugspraxis der vergangenen zwei Jahre hat eine erhebliche Erleichterung mit sich gebracht, ohne dass den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen widersprochen worden wäre. Der nunmehrige Vorschlag der Wiedereinführung des vormaligen Werts von EUR 40.000,00 wäre mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden, ohne dass gemeinschaftsrechtliche Erfordernisse bestünden“²⁷⁷.

Verfassungsrechtliche Bedenken können aber auch hinsichtlich der **ausreichend gesetzlichen Determinierung** der §§ 18 und 186 BVergG 2006 geäußert werden. Die Schwellenwerte-Verordnung 2009 stützt sich – ihrer Prämulgationsklausel zufolge – auf diese Bestimmungen. Diese Bestimmungen ermächtigen den Bundeskanzler, näher genannte Schwellen-, oder Loswerte abzuändern, „...soweit völkerrechtliche Verpflichtungen Österreichs dies erfordern oder dies auf Grund von gemeinschaftlichen Vorschriften erforderlich oder zulässig ist oder dies im Interesse einer einheitlichen Vorgangsweise bei der Vergabe von Aufträgen zweckmäßig ist“. Diese drei genannten Voraussetzungen sind alternativ zu erfüllen²⁷⁸. In der Literatur wurden verfassungsrechtliche Bedenken gegen die genannten Verordnungsermächtigungen geäußert²⁷⁹.

Gem Art 18 B-VG ist der Gesetzgeber dazu verpflichtet, das Handeln der Verwaltung inhaltlich hinreichend zu determinieren. Das Determinierungsgebot, oder auch Bestimmtheitsgebot, wird aus dem Legalitätsprinzip abgeleitet. „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden“²⁸⁰. Damit das Verwaltungshandeln aufgrund der Gesetze erfolgen kann, hat der Gesetzgeber das Handeln der Verwaltung inhaltlich hinreichend zu determinieren. Der Verwaltung darf kein zu großer Spielraum verbleiben. Auch Verordnungsermächtigungen müssen also ausreichend bestimmt sein (Grundsatz der Vorausbestimmtheit von Verordnungen). Der Grad der gesetzlichen

²⁷⁶ Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011).

²⁷⁷ ÖWAV-Stellungnahme zur Bundesvergabegesetz-Novelle 2011.

²⁷⁸ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁷⁹ Budischowsky in Schramm ua (Hrsg), BVergG 2006 Kommentar, 1. Lfg (2009) § 18 [Rz 2].

²⁸⁰ Art 18 B-VG.

Determinierung kann fallweise und je nach Regelungsbereich variieren. Im Kern muss aber der wesentliche Inhalt von Verordnungen durch das Gesetz ausreichend vorherbestimmt sein²⁸¹. Kommt der Gesetzgeber diesem Bestimmtheitsgebot nicht nach, so liegt eine verfassungswidrige formalgesetzliche Delegation vor²⁸². Hinsichtlich des Wortlautes der Bestimmungen der §§ 18 und 186 BVergG 2006 können aufgrund der Schwellenwerte-Verordnung Zweifel erhoben werden, ob dem **Determinierungsgebot** hinreichend Rechnung getragen wurde. Schließlich ergeben sich für die erforderliche Vorhersehbarkeit verwaltungsrechtlichen Handelns in § 18 und § 186 BVergG 2006 nur wenige Anhaltspunkte.

Als mögliche Verordnungsgrundlage kommt der Tatbestand der Zulässigkeit der Schwellenwertänderung „*auf Grund von gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften*“ (§ 18 Abs 1 2. Fall BVergG 2006) in Frage²⁸³. Der erste Tatbestand, des Bestehens einer völkerrechtlichen Verpflichtung Österreichs (§ 18 Abs 1 1. Fall BVergG 2006), liegt im vorliegenden Fall offensichtlich nicht vor²⁸⁴. War die Anhebung auf Grund gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften erforderlich? Im Unterschwellenbereich ist der unionsrechtliche Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten relativ groß. Dieser Spielraum ist unionsrechtlich lediglich insofern beschränkt, als die innerstaatlichen Regelungen nicht dem EU-Primärrecht widersprechen dürfen²⁸⁵. Aus den §§ 18 und 186 BVergG 2006 kann allerdings keine ausreichende Vorgabe entnommen werden, nach welchen Gesichtspunkten der Verordnungsgeber, welcher zur Anpassung der Subschwellenwerte befugt ist, diesen Spielraum zu nutzen hätte²⁸⁶. Selbst die Erläuterungsregierungsvorlagen 2006 zu diesen Paragraphen weisen darauf hin, dass die Konsequenzen der Rechtsprechung des EuGH zum Transparenzgrundsatz im Unterschwellenbereich noch nicht absehbar seien. Es fehlen spezielle gesetzliche Richtungsvorgaben dafür, **wann es zu einer Änderung der Subschwellenwerte kommen kann, soll oder muss bzw wie weitreichend diese Änderung sein darf**. Mit Blick auf den primärrechtlichen Transparenzgrundsatz, lassen sich daher Zweifel äußern, ob sich der Verordnungsgeber im konkreten Fall überhaupt zu Recht auf den Tatbestand der gemeinschaftsrechtlichen „Zulässigkeit“ hätte stützen dürfen²⁸⁷.

²⁸¹ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁸² Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁸³ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁸⁴ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁸⁵ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁸⁶ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁸⁷ Claudia Fuchs, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

Als weitere mögliche Verordnungsgrundlage kommt der dritte Tatbestand der §§ 18 und 186 in Betracht, nämlich die Ermächtigung zur Verordnungserlassung „...im **Interesse einer einheitlichen Vorgangsweise bei der Vergabe von Aufträgen**“ (§ 18 Abs 1 Z 3 BVergG 2006)²⁸⁸. Auf diesen Tatbestand hat sich der Ordnungsgeber nach den Erläuterungen zur Schwellenwerte-Verordnung offenbar auch tatsächlich gestützt. Auch hier kann kritisiert werden, dass nicht ersichtlich ist, wie durch die Neufestsetzung der Subschwellenwerte eine einheitliche Vorgangsweise bei der Auftragsvergabe erreicht werden soll²⁸⁹. Schließlich wurden die relevanten Grenzwerte per Gesetz bereits festgelegt und insofern auch unionsweit vereinheitlicht. Es ist daher fraglich, worin das zusätzliche Vereinheitlichungspotential für den Ordnungsgeber bestehen soll²⁹⁰? Es können daher zusammenfassend **Bedenken dagegen angemeldet werden, ob eine ausreichende gesetzliche Determinierung für diese Regelungsermächtigung vorliegt**, oder es sich letztlich um eine formalgesetzliche Delegation handelt. Auch *Stalzer*²⁹¹ meint im Ergebnis, dass diese verfassungsrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG zu Recht bestehen, auch wenn der Grad der geforderten Determinierung im Lichte des differenzierten Legalitätsprinzips²⁹² nicht überspannt werden darf.

*Fuchs*²⁹³ weist außerdem darauf hin, dass es fraglich ist, ob dem Ordnungsgeber durch eine Regelungstechnik wie in den §§ 18 und 186 BVergG 2006, unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt die Befugnis zukommen darf, gesetzlich normierte Schwellenwerte anzuheben. Zum Teil wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass es für eine solche **gesetzesändernde Verordnung eine besondere verfassungsrechtliche Grundlage** benötigt²⁹⁴. Eine gesetzesändernde Verordnung wird in der Regel zur Abänderung eines formell korrekt und bereits erlassenen Gesetzes erlassen. In der Regel widerspricht daher eine gesetzesändernde Verordnung einem bereits erlassenen Gesetz. Ob eine Verordnung ein Gesetz im Sinne einer gesetzesändernden Verordnung ändert, ist nicht daran zu beurteilen, ob sie vom Inhalt einer einzelnen Bestimmung des Gesetzes abweicht, sondern

²⁸⁸ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁸⁹ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁹⁰ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁹¹ *Johann Stalzer*, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

²⁹² Soweit Gesetze regelmäßig in Grundrechte eingreifen (zB im Strafrecht oder Steuerrecht = eingriffsnahe Gesetze) müssen die Eingriffstatbestände besonders genau umschrieben werden.

²⁹³ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁹⁴ vgl zum BVergG 2002 *Schwartz* (FN 38) § 11 Rz 4; zum BVergG 1997 *Elsner*, Vergaberecht, Linde-Verlag (1999) A 33.

ob sie mit ihren im Gesetzesrang stehenden Erzeugungsbedingungen im Widerspruch steht²⁹⁵. Unterstellt man dem § 18 BVergG 2006, dass dieser zum Erlass gesetzesändernder Verordnungen ermächtigt, so wäre dieser Paragraph verfassungswidrig, da eine Ermächtigung zur Erlassung selbstständiger „gesetzesändernder Verordnungen“ nur auf Basis einer **verfassungsrechtlicher Ermächtigung** erlassen werden darf²⁹⁶. Diese Konstruktion – wonach der Ordnungsgeber zur Abänderung gesetzlicher Schwellenwerte ermächtigt ist – dürfte aber verfassungsrechtlich jedenfalls nicht von vornherein unzulässig sein²⁹⁷. Der Umstand, dass das Gesetz die Festlegung abweichender Wertgrenzen durch Verordnung erlaubt, bewirkt, dass es keinen Widerspruch von Verordnung und Gesetz geben kann und dass damit auch **keine „Gesetzesänderung“ im eigentlichen Sinne** vorliegt²⁹⁸. Der § 18 BVergG 2006 ermächtigt nicht zum Erlass einer selbstständigen gesetzesändernden Verordnung, sondern vielmehr lediglich zu einer Verordnung welche die Schwellenwerte anheben kann. Die Grundlage des Ordnungs-Regelungsinhaltes ist bereits im Gesetz determiniert. Auch nach *Stalzer*²⁹⁹ sind daher diesbezügliche verfassungsrechtliche Bedenken nicht begründet.

➔ **Wirtschaftspolitische Kritik:** Fraglich ist weiters, ob dieser Schritt zur Konjunkturbelebung nicht auch **zu Lasten des Wettbewerbs** geht? Fakt ist, dass in Österreich jährlich etwa 12.000 Vergabeverfahren durchgeführt werden³⁰⁰, wovon **drei Viertel** dieser Vergabeverfahren in den von der Schwellenwerte-Verordnung angehobenen Unterschwellenbereich fallen³⁰¹. Da nach vorliegenden Informationen im Unterschwellenbereich jene Vergaben überwiegen, deren Auftragswerte den maßgeblichen Schwellenwert für die Zulässigkeit der Direktvergabe (nämlich EUR 100.000,-) nicht überschreiten, ist eine entsprechende Beschränkung des Wettbewerbes naheliegend, zumal die Mehrzahl der öffentlichen Aufträge – unter Berücksichtigung der in § 19 Abs 1 BVergG und § 187 BVergG 2006 normierten Grundsätze – an einen Unternehmer **unter Ausschluss des Wettbewerbes** vergeben werden können³⁰².

²⁹⁵ Vgl, Österreichisches Ordnungsrecht II (1988), Springer-Verlag, 1039 ff.

²⁹⁶ *Johann Stalzer*, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

²⁹⁷ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁹⁸ *Claudia Fuchs*, Die Schwellenwerteverordnung 2009 zum BVergG 2006, RFG 2009/16.

²⁹⁹ *Johann Stalzer*, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

³⁰⁰ vgl *Sachs* in RPA 1/2010 Vorsitzender des Bundesvergabeamtes – „Das war 2009, das kommt 2010“.

³⁰¹ Quelle: Europäische Kommission, Public Procurement Indicators 2009.

³⁰² *Johann Stalzer*, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

Nemec³⁰³ meint diesbezüglich: „Während die Firmen, die über gute Beziehungen zu den vergebenden Stellen verfügen, sich über öffentliche Aufträge mit ordentlichen Gewinnmargen freuen dürfen, können die Unternehmer, die bislang mit guter Qualität und attraktiven Preisen gepunktet haben, nicht einmal am Wettbewerb teilnehmen. Der Steuerzahler bekommt für seine Beiträge in Zukunft möglicher Weise schlechtere und weniger Leistungen. Öffentliche Auftraggeber werden viel häufiger der „versuchten Anfütterung“ zu widerstehen haben“.

Diese Einschränkung des Wettbewerbes ist sicher problematisch, da vor allem kleinen und mittleren Unternehmen die Chance genommen wird, sich um eine Auftragsvergabe zu bewerben³⁰⁴. Die Berücksichtigung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) ist im BVergG lediglich im Zuge des „Nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung“ verankert (siehe Seite 33)³⁰⁵. Daneben besteht die Gefahr, dass im Falle der Durchführung von Direktvergaben und anderen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung öffentliche Aufträge nur an jene Unternehmen vergeben werden, welche ohnehin bereits im Kontakt mit der Vergabestelle stehen (siehe Seite 39)³⁰⁶. Die Konjunkturbelebung würde in diesem Fall nur wenige Unternehmen erreichen und die beabsichtigten ökonomischen Effekte verfehlen³⁰⁷. Weiters darf befürchtet werden, dass durch die nahezu gänzliche Ausschaltung des Wettbewerbes, bei der Inanspruchnahme von Direktvergaben, eine Verschlechterung der Einkaufspreise und damit einhergehend eine erhöhte Belastung des Haushaltes, wodurch ein Teil der Konjunkturanreize aufgrund von Mehrkosten bei der Beschaffung wieder „verpuffen“, zu erwarten sind³⁰⁸. Durch die Ausschaltung des Wettbewerbes wird zudem nicht immer das Angebot mit der höchsten Qualität den Auftrag bekommen.

Diesbezüglich sei jedoch angemerkt, dass es bei der **Direktvergabe nicht unzulässig** ist **einen Wettbewerb** zwischen mehreren Unternehmern durchzuführen³⁰⁹. Diese Ansicht wird aus der Vorgabe des § 41 Abs 3 BVergG 2006, wonach „gegebenenfalls eingeholte

³⁰³ Dr. Andreas Nemec, Geschäftsführer der Bundesbeschaffung GmbH: „Öffentliche Aufträge: Ein Schlupfloch wie ein Scheunentor“ im Rechts panorama vom 05.04.2009 in *der Presse*.

³⁰⁴ Wie diverse Studien zeigen hat sich die Schwellenwerte-Verordnung aber gerade für KMUs positiv ausgewirkt [siehe Seite 78].

³⁰⁵ § 102 Abs 2 BVergG 2006.

³⁰⁶ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

³⁰⁷ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

³⁰⁸ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

³⁰⁹ BVA 1.7.2011, N/0025-BVA/14/2011-19 und F/0006-BVA/14/2011-18.

unverbindliche Preisauskünfte“ entsprechend zu dokumentieren sind abgeleitet³¹⁰ (siehe Seite 64).

➔ **Kritik an der Verlängerung der Verordnung:** Eine weitere Frage, die man sich im Zusammenhang mit der Schwellenwerte-Verordnung stellen muss, ist: **Ist die Verlängerung dieser Verordnung überhaupt gerechtfertigt**³¹¹? Wie bereits erwähnt, wurde die Verordnungserlassung „...mit dem Ausnahmecharakter der **aktuellen Wirtschaftslage**“ gerechtfertigt. Im Jahr der Erlassung (2009) konnte diesem Ausnahmecharakter aufgrund eines Minus von 3,9 % des Wirtschaftswachstums wohl zweifelsfrei zugestimmt werden. Mittlerweile hat sich die wirtschaftliche Situation (zumindest in Österreich) allerdings wieder (halbwegs) stabilisiert. Für das Jahr 2011 wurde ein reales BIP-Wachstum von 3,3 % prognostiziert³¹². Von einem „Ausnahmecharakter“ konnte man somit im Zeitpunkt der Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung nicht mehr sprechen. Im – mit der österreichischen Wirtschaft vergleichbaren – Nachbarland Deutschland, wurde die Schwellenwert-Verordnung auf Bundesebene etwa nicht mehr verlängert.

Trotz diverser verfassungs-, wettbewerbs-, und unionsrechtlicher Bedenken, bin ich der Meinung, dass die Schwellenwerte-Verordnungserlassung bzw deren Verlängerung richtige Schritte waren bzw sind. Folgende Absätze sollen dokumentieren, warum ich dieser Auffassung bin.

➔ **Positive Auswirkungen der Schwellenwerte-Verordnung:** Gemessen an den Zahlen aus dem Jahr 2009 werden in **Österreich** jährlich Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsaufträge in der Höhe von etwa 22 % des BIP, das entspricht einem Auftragsvolumen von etwa EUR 61 Mrd, durch öffentliche Auftraggeber vergeben³¹³. Es ist daher klar ersichtlich, dass dem öffentlichen Beschaffungswesen im Lichte dessen ökonomischen Gewichtes (neben anderen Instrumenten der Konjunkturbelebung) eine wichtige Rolle zukommt. Tatsächlich betrug das Wirtschaftswachstum zum Zeitpunkt des in Kraft tretens der Schwellenwerte-Verordnung im

³¹⁰ Heid/Schiefer/Fink, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2.

³¹¹ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

³¹² http://www.oenb.at/de/geldp_volksw/prognosen/makroprognose/gesamtwirtschaftliche_prognose.jsp (Dezember.2011).

³¹³ vgl die von der Europäischen Kommission am 11.11.2010 veröffentlichten „Public Procurement Indicators“ (abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf).

³¹³ Heid Schiefer Rechtsanwälte, Vergaberecht INFO-Letter, Ausgabe 8/September 2007.

Jahr 2009 ein Minus von 3,9 %³¹⁴. Ende 2010 hat das Wachstum bereits ein Plus von 2,0 % betragen und lag damit deutlich über dem durchschnittlichen Wachstum der Jahre 2005 bis 2010³¹⁵. Für die Jahre 2011 und 2012 ist ein Wachstum von 3,3 % sowie von 2,1 % prognostiziert³¹⁶. Ebenso ist die Arbeitslosenrate in Österreich seit dem Inkrafttreten der Verordnung zurückgegangen³¹⁷. Es wäre wohl vermessen zu sagen, dass diese Daten nur aufgrund dieser Maßnahme zustande gekommen sind, allerdings ist ein wirtschaftlich positiver Effekt der Verordnung wohl nicht zu leugnen.

Laut Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend werden die Vorteile der Schwellenwerte-Verordnung auch durch eine Marktumfrage belegt, in der im Auftrag des Ministeriums 300 österreichische Gemeinden sowie 13 Städte befragt wurden. Demnach **befürworten 92 % die Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung**. Laut der Befragung können die Kommunen flexibler (89 %) und schneller (87 %) auf die Marktlage reagieren. 82 % sprechen davon, dass intern deutlich weniger Kosten bei der Auftragsvergabe anfallen. Zudem berichten insgesamt 72 % der befragten Kommunen, dass vor allem **Kleinst-, und Kleinbetriebe** von einem bis neun bzw zehn bis 49 Mitarbeitern von der Anhebung der Schwellenwerte **profitieren**³¹⁸.

Die Studie „Potentielle Auswirkungen der Auftragsvergabe an regionale KMU“, der KMU-Forschung Austria, in Auftrag gegeben von der Wirtschaftskammer Steiermark, veranschaulicht die volkswirtschaftliche Bedeutung der Schwellenwerte-Verordnung anhand einer Million zusätzlichen Auftragsvolumens der öffentlichen Hand in der jeweiligen Region: Schaffung von rund zehn Arbeitsplätzen, davon durchschnittlich ein Ausbildungsplatz (Lehrstelle), Erhöhung der Kommunalabgaben in der Höhe von rund EUR 7.300,-, Erhöhung der regionalen Kaufkraft um EUR 200.000,-, weitere den Regionen indirekt (zB über den Finanzausgleich) zugutekommende Effekte: Anstieg personenabhängiger Steuern und Abgaben sowie Ertragssteuern, je nach Branche in der Höhe von zumindest EUR 100.00,- bis EUR 300.000,- pro Jahr³¹⁹.

³¹⁴ Wirtschaftskammer unter Verweis auf die EU-Kommission, EUROSTAT, OECD.

³¹⁵ In dieser Zeitspanne betrug das durchschnittliche Wachstum 1,5 %.

³¹⁶ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

³¹⁷ Johann Stalzer, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

³¹⁸ Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich, Bundesgesetz mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011).

³¹⁹ Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich, Bundesgesetz mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011).

Durch die Schwellenwerte-Verordnung „...wird eine typische Win-win-Situation für die Auftraggeber- und die Auftragnehmerseite geschaffen, die einerseits ein gutes Beispiel für den von allen Seiten geforderten Bürokratieabbau ist und andererseits einen wesentlichen Beitrag zur Stärkung der regionalen Wirtschaft leistet. Denn gerade bei kleineren öffentlichen Projekten, wie beispielsweise der Errichtung oder Sanierung einer Schule, können so vermehrt kleinere und mittlere Betriebe aus der Region zum Zug kommen. Die Vergabe ist unkompliziert, erfolgt rasch und sichert darüber hinaus noch zusätzliche Arbeitsplätze in der Region“³²⁰.

Kapitel 3.8: Die historische Entwicklung der Direktvergabe

Die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung des Vergabeverfahrens ist über 100 Jahre alt. Sie wurde erstmals ausgesprochen, als der Staat im Zuge des Anlegens von Verkehrswegen in größerem Umfang der privaten Wirtschaft als Auftraggeber gegenübertrat. Diese Forderung wurde seit Ende der sechziger Jahre verstärkt. Hauptanliegen war, dass das Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe vorhersehbar und berechenbar gemacht wird und eine Publizität und Gleichförmigkeit der Auftragsvergabe erreicht wird³²¹.

➔ Vor dem Inkrafttreten des EU-Vergaberechtes und der Erlassung der zehn österreichischen Vergabegesetze, bildete die **ÖNORM A 2050** in der Fassung vom 30.3.1957 jahrzehntelang das Rückgrat des österreichischen Vergaberechts³²². Bei dieser ÖNORM A 2050 handelt es sich um einen – von einem privaten Verein, dem österreichischen Normungsinstitut, – ausgearbeiteten Katalog von Regeln für einen Beschaffungsvorgang, welcher erst durch die Aufnahme in Vergabegesetze, Verordnungen oder individuelle Ausschreibungsbestimmungen rechtliche Wirkung entfaltet. Mit anderen Worten hat die ÖNORM A 2050 von sich aus grundsätzlich keine eigene Rechtswirkung.

Im Zuge der Vorbereitung des Beitritts in die EU wurde die ÖNORM A 2050 an die Vergaberichtlinien der EU angepasst und in der Fassung vom 1.1.1993 neu erlassen. Diese Fassung enthielt bereits viele Elemente des heutigen BVergG. Am 1.3.2000 hat das

³²⁰ Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich, Bundesgesetz mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011).

³²¹ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 704].

³²² Trauner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 111].

österreichische Normungsinstitut die ÖNORM A 2050 neu herausgegeben. An dieser – wie auch der ihr vorausgehenden – Fassung wurde der stark baurechtliche Hintergrund kritisiert.

Die heutige Direktvergabe wurde in der damaligen ÖNORM A 2050 als **Freihandvergabe** bezeichnet. Zu dieser Zeit war umstritten, wie mit Bagatellaufträgen umzugehen ist. Zum Teil erfolgte die „freihändige Vergabe“ ohne Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen, zum Teil wurden auch Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt³²³. Eine Reihe von großen Auftraggebern hatte in internen Anordnungen die Vorgehensweise bei der Vergabe von Bagatellaufträgen geregelt. Diese Anordnungen konnten allerdings nur als „Selbstbindungsgesetze“ eingeordnet werden und daher kam ihnen kein vergabespezifischer Rechtsschutz zu (siehe Seite 38)³²⁴. Über diese Freihandvergabe konnte man an mehreren Stellen verstreut Aussagen erfahren. So sprach Punkt 1,41 der ÖNORM A 2050 von formlosen Preisanfragen zu Preisvergleichen bei freihändiger Vergebung und empfahl, auch bei der freihändigen Vergebung die Vergabegrundsätze einzuhalten. Punkt 1, 423 der ÖNORM A 2050 ordnete an, dass auch bei freihändiger Vergebung nach Möglichkeit mehrere Angebote eingeholt werden sollen³²⁵. *Aicher* meinte zur Freihandvergabe: „Wenngleich die ÖNORM A 2050 wettbewerbsstimulierende Faktoren ansatzweise berücksichtigt, ist die Regelung der Freihandvergabe in Wahrheit höchst unbefriedigend“³²⁶. „Da die Freihandvergabe ohne förmliches Verfahren geschieht und dem potentiellen Anbieterkreis keine Bewerbungschance eröffnet, unterliegt sie besonders der Gefahr, als Vehikel unsachlicher Bevorzugung missbraucht zu werden. Daraus ergibt sich nicht nur die Forderung, dass die Freihandvergabe nur ultimo ratio sein darf, sondern dass sie auch nach Möglichkeit mit wettbewerbsfördernden Elementen „angereichert“ werden soll“³²⁷.

➔ Zu einer erstmaligen Kodifikation des Vergaberechtes kam es im Jahre 1993 mit dem **Bundesvergabegesetz**³²⁸. Diese gesetzliche Regelung stand unter dem Anpassungsdruck des bevorstehenden Gemeinschaftsbeitritts. Das Bundesvergabegesetz trat schließlich am **1.1. 1994** in Kraft. Damit zeigt sich auch, dass das Vergaberecht ein relativ junges Rechtsgebiet ist, welches sich erst vollständig entwickeln muss. Dieses BVergG 1993 galt nur für größere

³²³ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 330].

³²⁴ *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 330].

³²⁵ *Aicher* in *Korinek/Rill* (Herausgeber), Zur Reform des Vergaberechts, [Seite 266].

³²⁶ *Aicher* in *Korinek/Rill* (Herausgeber), Zur Reform des Vergaberechts, [Seite 266].

³²⁷ *Aicher* in *Korinek/Rill* (Herausgeber), Zur Reform des Vergaberechts, [Seite 265].

³²⁸ BVergG BGBl 1993/462.

Aufträge. Mit der **Novelle 1997** wurde jedoch die ÖNORM A 2050 auch für den Bereich kleinerer Aufträge für verbindlich erklärt³²⁹.

➔ Zu einer massiven Runderneuerung des bisherigen Vergaberechtes kam es dann im Jahr 2002 mit dem **Bundesvergabegesetz 2002**³³⁰. Mit dem Bundesvergabegesetz 2002 wurde eine Vielzahl von Bestimmungen der ÖNORM A 2050 idF 1.3.2000 in den Gesetzestext übernommen³³¹.

Mit dem Bundesvergabegesetz 2002 wurde die **neue Verfahrensart der „Direktvergabe“** eingeführt. Die Direktvergabe wurde im § 23 Abs 7 BVergG 2002 als eine Vergabeart definiert, bei welcher eine Leistung formfrei und unmittelbar von einem Unternehmer gegen Entgelt bezogen werden kann. Mit dem BVergG 2002 wurden erstmals auch feste Auftragswerte eingeführt, unter denen die Direktvergabe vergaberechtlich zulässig war. Die Direktvergabe war bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen bis EUR 30.000,- bei allen übrigen Verfahren bis EUR 20.000,- zugelassen. Die Einführung von pauschalen Auftragswerten wurde als begrüßenswert und sachlich gerechtfertigt angesehen, da Rechtssicherheit geschaffen wurde³³². Die Wahl der freihändigen Vergabe gemäß 1.4.2.4 ÖNORM A 2050 barg für den Auftraggeber doch einiges an Unsicherheit³³³.

Die Gründe für die Wahl der Direktvergabe waren bereits damals festzuhalten.

Im Übrigen war bei der Direktvergabe der einzige Punkt, der bei der Nachprüfungsinstanz anfechtbar war, die Frage, ob die Direktvergabe zu Recht als Verfahren gewählt wurde. Sonstige Entscheidungen waren – ähnlich wie heute – im Nachprüfungsverfahren nicht anfechtbar³³⁴.

➔ Hauptsächlicher Kritikpunkt an der Direktvergabe iSd BVergG 2002 war, dass die Bestimmungen dazu weit verstreut und daher besonders kompliziert waren. Mit der Erlassung des **BVergG 2006**³³⁵ sollte unter anderem ein systematisch sinnvoll geordnetes und strukturiertes BVergG geschaffen werden³³⁶. Anders als im BVergG 2002 sollten mit dem

³²⁹ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 706]

³³⁰ BGBl. I Nr.99/2002.

³³¹ Trauner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 111].

³³² Resch in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, [Seite 139].

³³³ Resch in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, [Seite 139].

³³⁴ § 20 Z 13 lit a BVergG 2002.

³³⁵ BGBl. I Nr. 17/2006.

³³⁶ Schuhmacher/Glanzer, Vergaberecht und Bauvertragsrecht November 2011, Beschränkung des Rechtsschutzes nach dem UWG im Fall von Vergaberechtsverstößen? [Seite 402].

BVergG 2006 sämtliche Bestimmungen zur Direktvergabe in einem Paragraphen zusammengefasst werden. Der § 41 BVergG 2006 enthält nun eine taxative Aufzählung der Bestimmungen, die bei der Direktvergabe anzuwenden sind. Die Zulässigkeit der Direktvergabe wurde nunmehr – abgesehen von kofinanzierten Projekten – einheitlich mit einem Auftragswert von EUR 40.000,- begrenzt. Hinsichtlich der Sachlichkeit dieser Wertgrenzen ging das Gesetz davon aus, dass unterhalb dieser Betragsgrenze die Durchführung von Vergabeverfahren generell im Hinblick auf den Wert der Leistung ökonomisch nicht vertretbare Beschaffungskosten bewirken würden³³⁷. Nunmehr wurde mit dem § 41 Abs 4 BVergG 2006 die Grundsatzbestimmung eingeführt, dass die Leistung nur an einen geeigneten Unternehmer vergeben werden darf. Über die Art und Weise der Eignungsprüfung konnte allerdings der Auftraggeber entscheiden.

➔ Mit der **Novelle 2007**³³⁸ zum BVergG 2006 ergaben sich für die Direktvergabe folgende Änderungen: Durch die Aufnahme der §§ 132 Abs 3 und 273 Abs 3 BVergG 2006 idF Novelle 2007 in die Aufzählung der für die Direktvergabe geltenden Bestimmungen, sollte klar zum Ausdruck gebracht werden, dass auch bei einer Direktvergabe die Rechtsfolge der Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses in Betracht kommt³³⁹. Außerdem sollte die Aufzählung des § 41 Abs 1 BVergG 2006 idF Novelle 2007 um einen Verweis auf die Dokumentationsverpflichtung des § 42 Abs 2 BVergG 2006 idF Novelle 2007 ergänzt werden.

➔ Umfassendere Änderungen für die Direktvergabe ergaben sich dann durch die **Novelle 2010**³⁴⁰ zum BVergG 2006³⁴¹. So wurde etwa die Stillhaltefrist im Unterschwellenbereich auf sieben Tage (unabhängig von der Übermittlungsart) festgelegt (siehe Seite 105). Ebenso wurde für Nachprüfungsanträge bei der Direktvergabe eine sieben Tage Frist normiert (siehe Seite 120).

Die Novelle 2010 zum BVergG 2006 hat auch Neuerungen im Bereich der Bekanntmachungsmöglichkeiten gebracht. Bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung – wie der Direktvergabe – kann nunmehr sowohl die Zuschlagsentscheidung als auch die Zuschlagserteilung freiwillig öffentlich bekannt gemacht werden. In einer solchen Bekanntmachung sind anzugeben: Name und Anschrift des Auftraggebers und des

³³⁷ EB RV 2006 zu § 41.

³³⁸ BGBl I 86/2007.

³³⁹ EB RV 2007 zu § 41.

³⁴⁰ BGBl I 15/2010.

³⁴¹ Diese Fassung stellte auch den aktuellen Stand der Dinge zum Zeitpunkt des Beginnes meiner Arbeit an dieser Dissertation dar.

erfolgreichen Bieters, eine Beschreibung des Auftragsgegenstandes, die maßgeblichen Gründe für die Durchführung eines Verfahrens ohne Bekanntmachung und bei der Bekanntmachung der Zuschlagserteilung auch der Auftragswert. Der Vorteil der neuen Regelung liegt in der Verkürzung der Rechtschutzfristen (auf zehn Tage bei Nachprüfungsverfahren und 30 Tage bei Feststellungsverfahren). Wird innerhalb der Frist nicht angefochten, ist ein Feststellungsverfahren und eine damit verbundene Nichtigklärung nicht mehr möglich. Wird (bei Verfahren ohne Bekanntmachung) nur die Zuschlagserteilung (und nicht schon die Zuschlagsentscheidung) freiwillig bekannt gemacht, verkürzt sich zwar die Frist auf 30 Tage; im Fall eines rechtzeitigen und erfolgreichen Feststellungsantrages kann dann aber die Nichtigklärung des Vertrages drohen. Ratsamer ist es daher, die Zuschlagsentscheidung freiwillig bekannt zu machen und den Zuschlag erst zehn Tage nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung zu erteilen.

Eine besonders wichtige Änderung dieser Novelle betraf die **Verschärfung des Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich**. So erhielt das Bundesvergabeamt neue Feststellungskompetenzen. Das Bundesvergabeamt kann in Zukunft auch feststellen, ob das Verfahren rechtswidrigerweise ohne Bekanntmachung durchgeführt wurde, der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Zuschlagsentscheidung erteilt wurde oder der Zuschlag bei der Vergabe auf Grund einer Rahmenvereinbarung rechtswidrig war. Wird eine solche Feststellung getroffen, hat das Bundesvergabeamt den bereits geschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären. Von der Nichtigklärung kann nur unter bestimmten (engen) Voraussetzungen, und unter gleichzeitiger Verhängung einer Geldbuße, abgesehen werden. Im Oberschwellenbereich ist die Geldbuße mit maximal 20 % des Auftragswertes, im Unterschwellenbereich mit maximal 10 % des Auftragswertes begrenzt. In welcher Höhe die Geldbuße verhängt wird, hat letztlich das Bundesvergabeamt zu entscheiden (siehe Seite 109).

➔ Auch in baldiger Zukunft wird die Direktvergabe durch die **Novelle 2012 zum BVergG 2006** massive Änderungen erfahren (siehe Seite 197).

Kapitel 4. Rechtsschutz bei einer unzulässigen Direktvergabe

Kapitel 4.1: Die Zersplitterung des Rechtsschutzes

Gem Art 14b Abs 1 B-VG hat der Bund die generelle Kompetenz in den „*Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens*“, soweit keine Gesetzgebungskompetenz der Länder nach Art 14b Abs 3 B-VG besteht. Die „*Vollziehung*“, **und damit auch die Vergabekontrolle**, in den *Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens* ist entsprechend der jeweiligen Zuordnung des Auftraggebers entweder Bundessache (Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG) oder Landessache (Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG). Art 14b Abs 3 B-VG räumt den Ländern die Kompetenz zur Gesetzgebung und Vollziehung in den „*Angelegenheiten der Nachprüfung*“ von Auftragsvergaben im Landesbereich ein, womit die Gesetzgebungs-, und Vollziehungskompetenz des Bundes insoweit auf Nachprüfungsverfahren im Bundesbereich eingeschränkt ist³⁴². Im Ergebnis führt diese Konstruktion dazu, dass in den „*Angelegenheiten der Nachprüfung*“, welche einen Teil der „*Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens*“ bilden, die **Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Länder gesplittet ist**.

➔ Die erforderliche Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit des Bundes und der Länder für die *Angelegenheiten der Nachprüfung* von Auftragsvergaben trifft somit der Art 14b B-VG. Demnach fallen in den Vollziehungs-, und somit auch **Nachprüfungsbereich** des **Bundes** folgende Auftraggeber (Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG):

- Der Bund;
- Stiftungen, Fonds und Anstalten, die von Organen des Bundes oder von Personen verwaltet werden, welche hiezu von Organen des Bundes bestellt sind (Art 126b Abs 1 B-VG);
- Unternehmungen, an denen der Bund allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50 % des Stamm-, Grund-, oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die der Bund allein oder gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt, wobei einer solchen finanziellen Beteiligung die Beherrschung von Unternehmungen durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen

³⁴² Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1704].

gleichzuhalten ist (Art 126b Abs 2 B-VG), wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder;

- Bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörper;
- In lit a bis d und Art 14b Abs 2 Z 2 lit a bis d B-VG genannte Rechtsträger;
 - aa) die vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie der der Länder;
 - bb) hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen, soweit sie nicht unter sublit aa oder Art 14b Abs 2 Z 2 lit e sublit aa B-VG fallen;
 - cc) der Verwaltungs-, Leitungs-, oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder, soweit sie nicht unter sublit aa oder bb oder Art 14b Abs 2 Z 2 lit e sublit aa oder bb B-VG fallen;
- Bund und Länder gemeinsam, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder;
- sonstige – in Art 14b Abs 2 Z 1 lit a bis f B-VG und Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG nicht genannte – Rechtsträger.

➔ Auf der anderen Seite fallen gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG die Auftragsvergaben folgender Auftraggeber in den Vollziehungsbereich der Länder und damit auch unter die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörden des jeweiligen **Landes**:

- Land, Gemeinden und Gemeindeverbände;
- Stiftungen, Fonds und Anstalten, die von Organen eines Landes, einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hiezu von Organen eines Landes, einer Gemeinde bzw eines Gemeindeverbandes bestellt worden sind (Art 127 Abs 1, 127a Abs 1 und 8 B-VG);
- Unternehmungen iSd Art 126b Abs 2 B-VG, soweit sie nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit e B-VG und damit in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, sowie Unternehmungen an denen das Land, eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband allein oder gemeinsam mit anderen der Zuständigkeit des Rechnungshofes unterliegenden Rechtsträgern mit mindestens 50 % des Stamm-, Grund-, oder Eigenkapitals beteiligt ist oder die das Land, eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband allein oder

gemeinsam mit anderen solchen Rechtsträgern betreibt, wobei einer solchen finanziellen Beteiligung die Beherrschung von Unternehmungen durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen gleichzuhalten ist (Art 127 Abs 3, 127a Abs 3 und 8 B-VG);

- Landesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungsträger;
- In lit a bis d und Art 14b Abs 2 Z 1 lit a bis b B-VG nicht genannte Rechtsträger,
 - aa) die vom Land alleine oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, soweit sie nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa B-VG fallen;
 - bb) die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes unterliegen, soweit sie nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa oder bb B-VG oder sublit aa fallen;
 - cc) der Verwaltungs-, Leitungs-, oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder, soweit sie nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit e sublit aa bis cc B-VG oder sublit aa oder bb fallen;
- Bund und Länder gemeinsam, soweit sie nicht unter Art 14b Abs 2 Z 1 lit f B-VG fallen, sowie mehrere Länder gemeinsam.

➔ Die Dezentralisierung des Rechtsschutzes führt zu einem Auseinanderdriften der Inhalte der Rechtsschutzbestimmungen des Bundes und der Länder³⁴³. Es gibt daher im Vergaberecht keine zentrale Vergabekontrollbehörde zum Schutz der subjektiven Rechte von Bietern und Bewerbern und kein einheitliches Rechtsschutzregime. Vielmehr ist der Rechtsschutz auf eine Vielzahl von Behörden auf Bundes-, und Landesebene aufgeteilt. Diese Zersplitterung spiegelt auch die Tatsache wieder, dass **zehn unterschiedliche Rechtsschutzgesetze** bestehen.

Auf der Bundesebene gibt es nach der Auflösung der Bundes-Vergabekontrollkommission (B-VKK) mit dem BVergG 2006 nun nur mehr das **Bundesvergabeamt** als Rechtsschutzeinrichtung. Nach § 291 Abs 2 BVergG 2006 übt das BVA seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern aus, die nach der Kompetenzbestimmung des Art 14 Abs 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen³⁴⁴.

Im Landesbereich wird der Behördenaufbau unterschiedlich geregelt. In den meisten Bundesländern obliegt die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens dem **Unabhängigen Verwaltungssenat** (UVS) des jeweiligen Landes. In den Bundesländern Wien und Salzburg

³⁴³ Fink, Änderungen im Vergaberechtsschutz, ecolex 2006, 100.

³⁴⁴ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1713].

entscheidet hingegen ein eigener **Vergabekontrollsenat**. Bei diesen Vergabekontrollsenaten handelt es sich um Kollegialbehörden mit richterlichen Einschlag gem Art 133 Z 4 B-VG. In einigen Ländern gibt es zudem nach wie vor **Schlichtungsstellen**. So gibt es in Kärnten die „Ombudsstelle für Vergabewesen“ und in Niederösterreich die „NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge“.

Die Rechtsschutzverfahren in den Ländern entsprechen weitgehend dem Verfahren auf Bundesebene. Auf diverse Unterschiede wird noch eingegangen (siehe Seite 165).

Kapitel 4.2: Überblick über den Rechtsschutz auf Bundesebene

Das **Bundesvergabeamt** (BVA) ist die zentrale Rechtsschutzeinrichtung auf Bundesebene. Es handelt sich hierbei um eine Bundesverwaltungsbehörde (Art 102 Abs 2 B-VG), welche zur unmittelbaren Vollziehung der Angelegenheiten der öffentlichen Auftragsvergabe beim Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend eingerichtet wurde. Das Bundesvergabeamt hat seinen Sitz in Wien. Diese Bundesverwaltungsbehörde kann gem Art 14b Abs 6 B-VG auch zur Kontrolle der obersten Organe der Vollziehung berufen werden. Das BVA übt seine Zuständigkeit gem § 291 Abs 2 BVergG 2006 in erster und letzter Instanz aus. Hat das BVA einen Bescheid erlassen, so kann dieser beim VfGH bzw VwGH angefochten werden (siehe Seite 138). Das bedeutet daher auch, dass das BVA nicht als letztinstanzliches „Gericht“ im Sinne des Art 267 Abs 3 AEUV angesehen werden kann³⁴⁵. Daraus ergibt sich wiederum, dass das BVA nicht verpflichtet ist den EuGH bei einem Vorabentscheidungsverfahren anzurufen (siehe Seite 181). Dazu besteht lediglich die fakultative Möglichkeit. Das BVA setzt sich aus einem Vorsitzenden, einem stellvertretenden Vorsitzenden und der erforderlichen Anzahl an Senatsvorsitzenden, welche hauptberuflich Verwaltungsbeamte sind zusammen³⁴⁶. Daneben werden als sonstige Mitglieder fachkundige Laienrichter aus dem Kreis des Auftraggebers bzw Auftragnehmers bestellt. Die Mitglieder des BVA sind hinsichtlich der Ausübung ihrer Aufgaben an keine Weisungen gebunden³⁴⁷. Das BVA wird idR in Senaten tätig, wobei jeder Senat aus einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern (je einer aus dem Kreis des Auftraggebers und der Auftragnehmer) besteht³⁴⁸. Derzeit sind 14 Senate eingerichtet. Die Zuteilung der Verfahren erfolgt nach einer festen

³⁴⁵ *Sachs in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG Kommentar (2009) § 291 [Rz 25].

³⁴⁶ § 292 BVergG 2006.

³⁴⁷ § 295 BVergG 2006.

³⁴⁸ § 303 Abs 1 und 2 BVergG 2006.

Geschäftsordnung.

Die Grundlage für das behördliche Verfahren vor dem BVA bildet neben dem BVergG auch subsidiär das AVG³⁴⁹. Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des 4. Teiles des BVergG ergänzen die Bestimmungen des AVG, bzw weichen zum Teil auch davon ab. Diese Abweichungen ergeben sich, da im Zuge eines Verfahrens vor dem BVA über „*civil rights and obligations*“ im Sinne des Art 6 EMRK abgesprochen wird³⁵⁰.

Im Verfahren vor dem BVA besteht kein Rechtsanwaltszwang. Aufgrund der Komplexität der Rechtsmaterie und den strengen und teilweise formalisierten Antragserfordernissen ist jedoch die Beiziehung von spezialisierten Rechtsanwälten zweckmäßig und empfehlenswert³⁵¹. Bei Antragstellern, welche nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten werden, besteht gem § 13a AVG eine Manuduktionspflicht³⁵².

Das BVA hat gem § 6 AVG seine örtliche und sachliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen. Die Zuständigkeit des BVA kann daher durch Parteienvereinbarung weder begründet noch ausgeschlossen werden.

Das BVA ist auf Antrag zur Durchführung folgender Verfahren berufen: Gem §§ 320 ff BVergG 2006 zur Durchführung eines **Nachprüfungsverfahrens**, gem §§ 328 ff BVergG 2006 zur Erlassung einer **einstweiligen Verfügung**, sowie gem §§ 331 ff BVergG 2006 zur Durchführung eines **Feststellungsverfahrens**.

➔ **Der Nachprüfungsantrag:** Die Einleitung eines **Nachprüfungsverfahrens** erfolgt immer auf Antrag eines am Auftrag interessierten Unternehmers. Die Möglichkeit einer amtswegigen Verfahrenseinleitung besteht nicht. Nach der ständigen Judikatur der Höchstgerichte – wie auch Vergabekontrollbehörden – dient das Nachprüfungsverfahren der **Durchsetzung subjektiver Interessen** und daraus resultierender Teilnahmerechte eines Bieters oder eines Bewerbers am Vergabeverfahren, nicht aber der Sicherung der objektiven

³⁴⁹ Art I Abs 2 lit c Z 37 EGVG.

³⁵⁰ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1737].

³⁵¹ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1738].

³⁵² Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1738].

Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren³⁵³.

Zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens **antragslegitimiert** ist ein Unternehmer, wenn 1) er ein Interesse am Vertragsabschluss behauptet und 2) ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 320 Abs 1 BVergG 2006). Antragslegitimiert sind daher Bieter, Bewerber und Bietergemeinschaften, nicht aber Subunternehmer, da diese selbst kein Interesse am Abschluss eines Vertrages haben³⁵⁴. Bei Bietergemeinschaften sind alle Mitglieder antragslegitimiert, nicht jedoch das einzelne Mitglied³⁵⁵.

Daraus folgt auch, dass das BVA lediglich im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten **Beschwerdepunkte** prüft. Daher hat der Antragsteller bereits im Nachprüfungsverfahren und im Feststellungsantrag zu bezeichnen, in welchem Recht er sich verletzt fühlt³⁵⁶. Nur diese Rechtswidrigkeit kann das BVA aufgreifen.

Ein Nachprüfungsverfahren hat sich immer gegen eine **gesondert anfechtbare Entscheidung** zu richten. Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen sind im § 2 Z 16 lit a) BVergG 2006 angeführt. Die Unterscheidung zwischen gesondert anfechtbaren und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen soll einer „*Strukturierung*“ und „*effizienten Abwicklung von Rechtsschutzverfahren*“ dienen³⁵⁷. Das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen wurde mit dem BVergG 2002 eingeführt und durch das BVergG 2006 fortgeführt. Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen können nur im Wege der Anfechtung der jeweils nachfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung bekämpft werden. Gem § 322 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 sind Anträge jedenfalls dann unzulässig, wenn sie sich nicht auf eine gesondert anfechtbare Entscheidung richten. Bei der Formulierung des Nachprüfungsantrages ist daher darauf zu achten, dass nur die Nichtigkeitsklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung begehrt werden kann. Wird die Nichtigkeitsklärung einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung begehrt, ist dieser Antrag mangels Zuständigkeit des BVA zurückzuweisen.

³⁵³ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 777] vgl auch VfSlg 16.391/2001; VwGH 23. 5. 3007, 2005/04/0214.

³⁵⁴ Vgl BVA 29.4.199, N-17/99.

³⁵⁵ VwGH 29.6.2005, 2003/04/0096; § 20 Abs 2, § 188 Abs 2 BVergG.

³⁵⁶ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 701].

³⁵⁷ ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 13.

Im § 321 BVergG 2006 sind die **Fristen für ein Nachprüfungsverfahren** geregelt. Die Nachprüfungsfristen wurden durch die BVergG-Novelle 2010 verkürzt. Demnach sind Nachprüfungsanträge bei Übermittlung der gesondert anfechtbaren Entscheidung auf elektronischem Wege oder mittels Telefax binnen zehn Tagen, bei Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen einzubringen. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Frist auf sieben Tage. Außer in den Fällen der Direktvergabe beginnt die Nachprüfungsfrist mit der Absendung der Entscheidung bzw mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung (§ 321 Abs 1, 2. Satz BVergG 2006). Diese Antragsfristen sind, da es sich um verfahrensrechtliche Fristen³⁵⁸ handelt, nach den §§ 32 und 33 AVG zu berechnen (siehe Seite 99). Das bedeutet auch, dass die Tage des Postlaufes nicht in die Frist einzurechnen sind³⁵⁹. Jedoch ist in der Praxis einem Bieter davon abzuraten einen Nachprüfungsantrag erst am letzten Tag zur Post zu geben. Der Grund liegt darin, dass die Stillhaltefrist (siehe Seite 105) von dieser Nachprüfungsfrist entkoppelt ist. Langt daher ein rechtzeitig zur Post gegebener Nachprüfungsantrag erst nach Ablauf der Stillhaltefrist ein, und wurde nach Ablauf der Stillhaltefrist der Zuschlag erteilt, dann geht der Antrag ins Leere, weil das BVA nach Zuschlagserteilung zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht mehr zuständig ist (§ 312 Abs 2 und 3 BVergG 2006)³⁶⁰. Der Antrag wäre in diesem Fall zurückzuweisen. Da es sich um eine verfahrensrechtliche Frist handelt, ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten und sie kein Verschulden oder nur ein minderer Grad des Versehens trifft (§ 71 Abs 1 Z 1 AVG).

Wird die gesondert anfechtbare Entscheidung nicht fristgerecht angefochten, so führt dies dazu, dass diese Entscheidung auch in einer späteren Phase des Vergabeverfahrens nicht mehr angefochten werden kann. Diese Entscheidung **präkludiert** daher und wird bestandsfest. Diese Präklusion tritt ein, unabhängig vom Grad der Rechtswidrigkeit der gesondert anfechtbaren Entscheidung³⁶¹. Auf diese Weise kann eine rechtswidrige Auftraggeberentscheidung zu einem Rechtsbestand gelangen. Sowohl der Auftraggeber als auch die Auftragnehmer und Vergabekontrollbehörden haben sich in diesem Fall an die

³⁵⁸ § 56 Abs 1 BVergG 2006.

³⁵⁹ Thienel/Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrensrecht* (5. Auflage) [Seite 142].

³⁶⁰ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, *Handbuch Vergaberecht*, 3. Auflage [Rz 1929].

³⁶¹ Siehe auch Auswirkungen von rechtswidrigen Systementscheidungen und systemwidrigen Auftraggeberfestlegungen auf den Vergaberechtsschutz, Estermann, RPA 2008, 263 f.

rechtswidrige Bestimmung zu halten. Dem BVA ist es auch verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart bestandsfester Entscheidungen im Zuge der Anfechtung späterer Entscheidungen inzident in die Prüfung einzubeziehen³⁶². Das Vergabeverfahren bleibt daher **mit der Rechtswidrigkeit behaftet**³⁶³. Der Hintergedanke hinter diesem „System der Präklusionsfristen“³⁶⁴ ist, dass jede Rechtswidrigkeit in einem Vergabeverfahren – bei sonstigem Verlust des Anspruches – bei erster Gelegenheit geltend gemacht werden muss. Dadurch kann ein Nachprüfungsverfahren rascher durchgeführt werden. Dieses System soll somit ein rasches und effizientes Rechtsschutzverfahren sicherstellen. Das Vergabeverfahren wird durch die einzelnen, gesondert anfechtbaren Entscheidungen in verschiedene Abschnitte eingeteilt.

Der § 322 BVergG 2006 regelt den **Inhalt und die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages**. Bei dieser Aufzählung handelt es sich um eine **demonstrative** Aufzählung der inhaltlichen Bestandteile des Nachprüfungsantrages, welche „jedenfalls“ vorliegen müssen. Demnach muss ein Nachprüfungsantrag zumindest folgende Punkte umfassen:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,
2. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, insbesondere bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,
4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet,
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
7. einen Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung, und

³⁶² Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1902].

³⁶³ Katharina Trettnak-Hahnl, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 779].

³⁶⁴ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1901].

8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Durch die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens und der **angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung** (§ 322 Abs 1 Z 1 BVergG 2006) wird der Gegenstand des Verfahrens vor dem BVA bestimmt³⁶⁵.

Da die **Bezeichnung des Auftraggebers** (§ 332 Abs 1 Z 2 BVergG 2006) eng mit der Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde verknüpft ist, ist dies eine formelle Voraussetzung für einen Nachprüfungsantrag.

In der von § 322 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 geforderten **Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes** empfiehlt sich die Wiedergabe des bisherigen Verfahrensablaufes³⁶⁶. Weiters muss ein Interesse am Vertragsabschluss dargelegt werden. Dieses **Interesse am Vertragsabschluss** darzustellen, ist in der Praxis kaum ein Problem. Es sind nur Anträge unzulässig, die offenkundig ohne subjektiv-vergaberechtlichen Bezug des Antragstellers zu einem Vergabeverfahren gestellt werden, das heißt bei denen aus der Vergabeentscheidung dem Antragsteller keinesfalls ein Schaden erwachsen kann³⁶⁷. Die Pflicht, **bei der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung den für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieter** zu bezeichnen, resultiert daraus, dass dieser Bieter vom BVA persönlich zu verständigen ist³⁶⁸.

Weiters ist der entstandene oder zu entstehen drohende **Schaden** (§ 322 Abs 1 Z 4 BVergG 2006) zu benennen. Als Schäden kommen dabei nicht nur reine Vermögensschäden in Betracht, wie etwa Umsatzverluste oder frustrierte Aufwendungen, sondern auch Nachteile, welche in der Beeinträchtigung der Möglichkeit eines Bewerbers oder Bieters liegen, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten³⁶⁹. Dabei ist das Beweismaß nicht zu hoch anzusetzen. Nach der Judikatur des VwGH wird diesem Erfordernis bereits dann Genüge getan, wenn die entsprechende Behauptung des Antragstellers plausibel ist und der Schaden der Höhe nach beziffert wird. Eine detaillierte Aufgliederung und ins Einzelne

³⁶⁵ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1948].

³⁶⁶ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1950].

³⁶⁷ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1774].

³⁶⁸ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1950].

³⁶⁹ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1950].

gehende Darlegung ist dabei nicht erforderlich³⁷⁰.

Eine weitere Voraussetzung ist, dass das **Recht bezeichnet werden muss, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet** (§ 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006). Es geht hierbei um die Formulierung der aus den materiell-rechtlichen Vorschriften erfließenden subjektiven Rechte, in denen der Auftraggeber verletzt zu sein behauptet³⁷¹. Diese Beschwerdepunkte begrenzen auch die Prüfungsbefugnis des BVA. Die Bezeichnung einer Gesetzesstelle ist allerdings nicht erforderlich. Vielmehr muss erkennbar sein, in welchem Recht sich der Antragsteller als verletzt fühlt³⁷². In der Praxis ist Nachprüfungswerbern zu empfehlen, im Zweifel mehrere Beschwerdepunkte anzuführen und eine weitere Formulierung zu verwenden³⁷³.

Anders als bisher ist das BVA an die vom Antragsteller in Nachprüfungsverfahren angeführten **Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit** (§ 322 Abs 1 Z 6 BVergG 2006) stützt, nicht gebunden. Vielmehr hat das BVA alle maßgebenden Gründe zu beachten, auch wenn diese vom Antragsteller nicht vorgebracht wurden³⁷⁴.

Nach dem Konzept der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen können nur die in § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 taxativ aufgezählten Entscheidungen gesondert angefochten werden. Es kann daher nur ein **Antrag auf Nichtigerklärung** einer angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung (§ 322 Abs 1 Z 7 BVergG 2006) gestellt werden, wobei auf die genaue Formulierung des Begehrens geachtet werden sollte³⁷⁵.

Die **Angaben zur Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Antrages** (§ 322 Abs 1 Z 8 BVergG 2006) ergeben sich in der Regel bereits schlüssig aus dem übrigen Inhalt des Antrages. Dennoch empfiehlt es sich, diesbezügliche Angaben gesondert und übersichtlich darzustellen.

➔ **Die Folgen eines Nachprüfungsverfahrens:** Die möglichen **Folgen eines Nachprüfungsantrages** sind im § 325 BVergG 2006 geregelt. Demnach hat das BVA eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines

³⁷⁰ VwGH 23.5.2007, 2007/04/0010.

³⁷¹ Gruber, Kognitionsbefugnis, Antragsbedingung sowie Ermittlung- und Entscheidungsbefugnis des Bundesvergabeamtes, in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004).

³⁷² VwGH 24.2.2006, 2004/04/0127; BVA 3.3.2008, N/0012-BVA/07/2008-33.

³⁷³ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1952].

³⁷⁴ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 312 [Rz 175].

³⁷⁵ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1954].

Auftraggebers mit Bescheid für **nichtig zu erklären**, wenn

- sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 geltend gemachten **Recht verletzt**, und
- die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von **wesentlichem Einfluss** ist.

Eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers ist daher nicht schon dann für nichtig zu erklären wenn sie rechtswidrig ist, sondern nur wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Mit anderen Worten sollen nur jene Rechtsverstöße zu einer Nichtigerklärung führen, welche ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens bewirken hätten können³⁷⁶. „*Könnte*“³⁷⁷ lässt darauf schließen, dass eine bloß potenzielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens genügt³⁷⁸. Die Voraussetzung des wesentlichen Einflusses wird daher in der Praxis zumeist bejaht. Kann allerdings die Rechtswidrigkeit keinesfalls einen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben, dann ist die angefochtene Entscheidung nicht für nichtig zu erklären³⁷⁹.

Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt nach § 325 Abs 2 BVergG 2006 speziell auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale und hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht³⁸⁰.

Die Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen erfolgt mit rechtsgestaltendem Bescheid und wirkt **ex tunc**³⁸¹. Wird eine Entscheidung des Auftraggebers für nichtig erklärt, dann ist das Vergabeverfahren vom öffentlichen Auftraggeber fortzusetzen und die aufgehobene

³⁷⁶ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht (2009), 142.

³⁷⁷ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 141.

³⁷⁸ Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 325 [Rz 16].

³⁷⁹ Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 325 [Rz 12].

³⁸⁰ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2041].

³⁸¹ Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 325 [Rz 21].

Entscheidung allenfalls zu wiederholen³⁸².

Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens zulässigerweise der **Zuschlag** erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, so ist das Nachprüfungsverfahren definitionsgemäß beendet. Auf Antrag des Unternehmers, welcher den Nachprüfungsantrag gestellt hat, kann das Verfahren in diesem Fall jedoch gem § 331 Abs 4 BVergG 2006 als Feststellungsverfahren weitergeführt werden. Das bedeutet, dass das Nachprüfungsverfahren nicht automatisch in das Feststellungsverfahren kippt³⁸³.

Das BVA entscheidet bloß **kassatorisch**³⁸⁴. Dem BVA obliegt somit nur die nachprüfende Kontrolle, nicht jedoch die Durchführung eines Vergabeverfahrens an sich. Das BVA ist nicht dazu berufen, anstelle des Auftraggebers Entscheidungen zu treffen³⁸⁵, also etwa den Bestbieter festzulegen oder einen Bestbieter auszuschneiden, oder eine vom Auftraggeber getroffene Entscheidung in eine andere abzuändern³⁸⁶.

➔ **Das Provisorialverfahren:** Der § 320 Abs 3 BVergG 2006 stellt klar, dass dem Antrag auf Nachprüfung **keine aufschiebende Wirkung** für das betreffende Vergabeverfahren zukommt. Der Auftraggeber wird daher durch die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens grundsätzlich nicht an der Fortsetzung des Vergabeverfahrens gehindert³⁸⁷. In der Praxis ist dem Bieter zur Wahrung eines effektiven Rechtsschutzes, daher ein **Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung** anzuraten. Diesen Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kommt nämlich eine aufschiebende Wirkung zu. Jedoch ist zu beachten, dass die Stillhaltefrist³⁸⁸ weder durch ein Nachprüfungsverfahren noch durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gehemmt oder unterbrochen wird, sondern ungehemmt ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung läuft³⁸⁹.

Die Rechtsfolge der aufschiebenden Wirkung eines Antrages auf Erlassung einer

³⁸² Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2052].

³⁸³ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2052].

³⁸⁴ Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 325 [Rz 8].

³⁸⁵ BVA 22.5.2006, N/0024-BVA/16/2006-038.

³⁸⁶ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2043].

³⁸⁷ Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2054].

³⁸⁸ Bei der Stillhaltefrist handelt es sich um die Zeitspanne zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung binnen derer ein Vertrag bei sonstiger Nichtigkeit nicht vergeben werden darf. Die Stillhaltefrist beträgt idR zehn Tage. Bei Übermittlung via Brief 15 und bei Verfahren im **Unterschwellenbereich** sieben Tage. Diese Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Zuschlagsentscheidung.

³⁸⁹ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1899].

einstweiligen Verfügung tritt nicht automatisch ein. Erst wenn dem Auftraggeber **die Verständigung des BVA zugeht**, dass ein solcher Antrag gestellt worden ist, ist die aufschiebende Wirkung ausgelöst, welche dann bis zur Entscheidung über den Antrag andauert³⁹⁰. Das BVA hat dies – aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes – dem Auftraggeber unverzüglich (also ohne schuldhaftes Verzögern³⁹¹) mitzuteilen.

Sobald dem Auftraggeber eine solche Verständigung des BVA zugegangen ist, darf er bis zur Entscheidung über den Antrag:

- bei sonstiger Nichtigkeit
 - den Zuschlag nicht erteilen
 - die Rahmenvereinbarung nicht abschließen
- bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen und
- die Angebote nicht öffnen³⁹²

Gem § 328 Abs 1 BVergG 2006 können mit einer einstweiligen Verfügung vom BVA nur solche Maßnahmen angeordnet werden, die nötig und geeignet erscheinen, um die durch die behauptete **Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung** entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interesse des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Diese Einschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes auf gesondert anfechtbare Entscheidungen, wird von manchen hinsichtlich ihrer Richtlinienkonformität angezweifelt, weil damit nicht – wie in Art 2 Abs 1 lit a Rechtsmittel-RL gefordert – für „jede Entscheidung“ des Auftraggebers „so schnell wie möglich“ ein entsprechend wirksamer einstweiliger Rechtsschutz gewährleistet werde³⁹³.

Die einstweilige Verfügung kann gem § 328 Abs 1 BVergG 2006 von einem Unternehmer beantragt werden, wenn ihm „die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 (siehe Seite 89) nicht offensichtlich fehlen“. Zwar setzt ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht voraus, dass (auch) ein Nachprüfungsantrag gestellt wird, dennoch muss der Antragsteller (auch) einen Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten gesondert anfechtbaren Entscheidung (noch) stellen können³⁹⁴. Aus der Formulierung „nicht

³⁹⁰ Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2055].

³⁹¹ Th. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 328 [Rz 61].

³⁹² § 328 Abs 5 BVergG 2006.

³⁹³ Hoffer/Schmölz, EuGH fordert verstärkten Bieterschutz, ecolo 2002, 630.

³⁹⁴ Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2060].

offensichtlich fehlen“ lässt sich ableiten, dass diese Antragsvoraussetzungen nur einer Grobprüfung unterzogen werden³⁹⁵.

Aufgrund des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hat das BVA darauf zu achten, dass es jeweils die **gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme** verfügt (§ 329 Abs 3 BVergG 2006). Das BVA geht daher davon aus, dass die Aussetzung des gesamten Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht zu verfügen ist, wenn der Antragssteller keine Gründe vorbringt, die es erfordern würden, dem Auftraggeber jedes weitere Tätigwerden im gegenständlichen Vergabeverfahren zu untersagen und solche auch sonst nicht hervorkommen³⁹⁶. Das BVA hat daher vor der Erlassung der einstweiligen Verfügung immer auch eine Interessensabwägung durchzuführen³⁹⁷. Unter diesem Gesichtspunkt sind vor allem öffentliche Interessen sowie das Interesse an einer raschen Durchführung des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen.

Die Parteien eines solchen Provisorialverfahrens sind lediglich der Antragsteller und der Auftraggeber. Es findet dabei keine mündliche Verhandlung statt³⁹⁸.

➔ **Das Feststellungsverfahren:** Nach der Zuschlagserteilung bzw dem Widerruf eines Verfahrens hat das BVA keine Nichtigkeitskompetenz mehr, sondern die in § 312 Abs 3 und 4 BVergG 2006 geregelten **Feststellungskompetenzen**. Feststellungsverfahren greifen daher nicht mehr in laufende Vergabeverfahren ein, sondern setzen deren Beendigung durch Zuschlagserteilung bzw Widerruf des Vergabeverfahrens voraus. Das Feststellungsverfahren ist daher gegenüber dem Nachprüfungsverfahren subsidiär³⁹⁹. Es dient der Vorbereitung der Geltendmachung von **Schadenersatzansprüchen** (siehe Seite 141) und seit der Novelle 2010 auch der **Nichtigkeitsklärung von Verträgen** (siehe Seite 94)⁴⁰⁰. Das Feststellungsverfahren ist zudem für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem **unlauteren Wettbewerb** (siehe Seite 160) – wie etwa die Untersagung der Leistungsannahme aus einem abgeschlossenen

³⁹⁵ *Madl in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2060].

³⁹⁶ BVA 20.3.2003, 02N-19/03-8; BVA 4.4.2002, N-09/02-12; vgl außerdem *Madl in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2068].

³⁹⁷ Nach OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v = *ecolex* 2000, 297 (mit Anm *Casati*) wird diese Interessensabwägung durch einen nach § 1 UWG erwirkten Unterlassungstitel, der künftige wettbewerbswidrige Handlungen eines Mitbewerbers abstellen soll, nicht unterlaufen.

³⁹⁸ *Katharina Trettnak-Hahnl*, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 781].

³⁹⁹ *Madl in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2078].

⁴⁰⁰ *Madl in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2078].

Vertrag⁴⁰¹ – von Bedeutung. Eine Schadenersatzklage oder eine Klage nach dem UWG ist gem § 341 Abs 2 BVergG 2006 nämlich nur zulässig, wenn zuvor ein Feststellungsbescheid bezüglich einer bestimmten Rechtswidrigkeit erlassen wurde.

Ein Feststellungsbescheid kann beispielsweise darauf lauten, dass:

- der Zuschlag nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip) oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten (Bestbieterprinzip) Angebot erteilt wurde und der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte (§ 312 Abs 3 Z 1 BVergG 2006),
- ein Vergabeverfahren **rechtswidrig ohne vorherige Bekanntmachung** oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde (§ 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006),
- der Zuschlag rechtswidrig ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde (§ 312 Abs 3 Z 4 BVergG 2006),
- der Widerruf rechtswidrig ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung erklärt wurde (§ 312 Abs 3 Z 5 BVergG 2006)⁴⁰².

Das BVA ist gem § 312 Abs 3 Z 6 BVergG 2006 in den drei zuletzt genannten Fällen befugt, einen bereits abgeschlossenen Vertrag für **nichtig zu erklären** oder aufzuheben bzw **alternative Sanktionen** zu verhängen (§ 312 Abs 3 Z 7 BVergG 2006).

Der Feststellungsantrag ist **fristgebunden**. Gemäß § 332 Abs 2 BVergG 2006 sind Anträge auf Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem „Bestbieter“ erteilt wurde binnen sechs Wochen nach Kenntnis oder Kennenmüssen des Zuschlags bzw des Widerrufs zu stellen, jedenfalls aber binnen sechs Monaten nach Zuschlagserteilung oder Widerruf⁴⁰³. Unter Kenntnis des Zuschlags wird die „volle Gewissheit“ über die Tatsache des Zuschlags und die Identität des Zuschlagsempfängers verstanden⁴⁰⁴. Die Frist für den Antrag auf Feststellung, dass ein Verfahren rechtswidrig ohne Bekanntmachung erfolgt ist; der Zuschlag rechtswidrig ohne

⁴⁰¹ *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 813.

⁴⁰² *Katharina Trettnak-Hahnl*, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 782].

⁴⁰³ *Aicher*, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 4].

⁴⁰⁴ *Reisner* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2109].

Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde; der Zuschlag aufgrund einer Rahmenvereinbarung rechtswidrig erteilt wurde (§ 331 Abs 1 Z 2 bis 4 BVergG 2006) endet immer **sechs Monate** ab dem der Zuschlagserteilung folgenden Tag. Bei dieser sechs monatigen Frist handelt es sich um eine absolute Frist (§ 332 Abs 3 BVergG 2006).

Auf die Fristen im Nachprüfungs-, und Feststellungsverfahren sind die Bestimmungen des AVG anzuwenden⁴⁰⁵. Es handelt sich somit um **verfahrensrechtliche Fristen**⁴⁰⁶. Daraus folgt, dass die Tage des Postlaufes nicht in die Frist einzurechnen sind⁴⁰⁷. Außerdem ist eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand zulässig⁴⁰⁸.

Ein Feststellungsantrag ist nur zulässig, wenn der Bieter den behaupteten Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nicht rechtzeitig (innerhalb der Fristen des § 321 BVergG 2006) hätte geltend machen können (§ 332 Abs 5 BVergG 2006). Damit wird die **Subsidiarität des Feststellungsverfahrens** gegenüber dem Nachprüfungsverfahren unterstrichen. Der Antragsteller kann somit nicht mehr eine Rechtswidrigkeit des Auftraggebers reklamieren, wenn dazu schon im vorherigen Stadium die Möglichkeit gegeben war.

Weiters kann ein Feststellungsverfahren daran scheitern, indem dem **Antrag des Auftraggebers** zugestimmt wird, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen **keine echte Chancen** auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte (§ 312 Abs 3 Z 2 BVergG 2006). Das Vorliegen einer echten Chance ist danach zu beurteilen, ob der Bieter in den engeren Auswahlkreis hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wäre. Aufgrund der Umstände des Einzelfalles sei zu entscheiden, ob eine echte, dh konkrete Möglichkeit der Zuschlagserteilung, vorgelegen ist⁴⁰⁹.

Die **inhaltlichen Voraussetzungen** eines Feststellungsantrages (§ 332 Abs 1 BVergG 2006) sind jenem des Nachprüfungsantrages (siehe Seite 91) ähnlich.

⁴⁰⁵ § 56 Abs 1 BVergG 2006 bzw § 221 Abs 1 BVergG 2006.

⁴⁰⁶ *Reisner* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2114]; andere Ansicht: *Katharina Trettnak-Hahnl*, Vergaberecht in *Raschauer*, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 782].

⁴⁰⁷ § 33 Abs 3 AVG.

⁴⁰⁸ § 71 AVG.

⁴⁰⁹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 134.

Kapitel 4.3: Unionsrechtliche Vorgaben an den Rechtsschutz bei unzulässigen Direktvergaben

Der nationale Rechtsschutz bei Vergaberechtsverstößen wird durch das Unionsrecht vorgegeben (siehe Seite 15). Der Rechtsschutz in den Mitgliedstaaten wird genauer durch die **allgemeine Rechtsmittelrichtlinie** (RMRL) sowie die **Sektorenrichtlinie** (Sektoren-RMRL) geregelt⁴¹⁰. Die Richtlinien sind der sekundärrechtliche Rahmen für das österreichische Vergaberecht und dienen als Vorlagen für die österreichischen Vergabegesetze⁴¹¹. Zum Teil halten sich das BVergG sowie die Landesvergabekontrollgesetze wörtlich an den Text der Richtlinien. Die Mitgliedstaaten trifft die Pflicht die Richtlinien umzusetzen⁴¹².

Hinsichtlich der Umsetzung kann die Frage gestellt werden, ob dem **Unionsrecht tatsächlich entsprochen wurde**? Hinsichtlich der Qualität des Umsetzungsaktes hat der EuGH – zunächst allgemein – gefordert, dass die Mitgliedstaaten bei der Wahl der Form und Mittel diejenigen zu ergreifen haben, die für die Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinien am besten geeignet sind. Sie müssen daher die Richtlinien in verbindliche innerstaatliche Vorschriften umsetzen, welche den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen⁴¹³. Aus der Rechtsprechung des EuGH⁴¹⁴ lassen sich zusammenfassend folgende **Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien** festhalten:

- a) Das Gebot der Publizität muss erfüllt sein. Die Betroffenen müssen von ihren Rechten und Pflichten Kenntnis erlangen können; b) Die Betroffenen müssen sich vor Gericht auf die nationalen Regelungen berufen können. Die nationale Regelung muss eine zwingende Vorschrift sein; c) Die bloße Übereinstimmung der innerstaatlichen Praxis mit dem durch die Richtlinien geforderten Zustand reicht nicht aus⁴¹⁵.

Unter Umständen kann eine Richtlinie auch eine **unmittelbare Wirkung** (also ohne konkrete Umsetzung) entfalten. Ist eine, den Anforderung der Rechtsmittelrichtlinie genügende Anwendung des nationalen Rechts nicht möglich, ist es von Bedeutung, ob allenfalls die relevanten Bestimmungen der Vergaberichtlinien unmittelbar anwendbar sind, sodass etwa

⁴¹⁰ RL 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) sowie RL 92/13/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie).

⁴¹¹ *Berger in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 20].

⁴¹² Art 288 AEUV.

⁴¹³ *Streinz*, Europarecht, 8. Auflage [Seite 151].

⁴¹⁴ ua EuGH, Rs. C-361/88 bzw C-59/89, Kommission/Deutschland.

⁴¹⁵ *Streinz*, Europarecht, 8. Auflage [Seite 153].

die Bestimmungen der Rechtsmittelrichtlinie, inklusive des Effektivitäts⁴¹⁶ -, und Äquivalenzgrundsatzes⁴¹⁷ direkt herangezogen werden können⁴¹⁸. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH⁴¹⁹ kann eine Richtlinie unter folgenden Voraussetzungen eine unmittelbare Wirkung entfalten:

- Die Richtlinie muss einen „self-executing-Charakter“ haben
- Die Umsetzungsfrist muss abgelaufen sein
- Die unmittelbare Wirkung darf nicht zu einer Verpflichtung eines Bürgers gegenüber dem Staat oder einem anderem Bürger führen.

➔ Übersichtsmäßig möchte ich nun die **wichtigsten** (grundsätzlichen) **unionsrechtlichen Vorgaben** für den nationalen Vergaberechtsschutz darstellen:

Art 1. (1) „Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien...fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden **wirksam und vor allem möglichst rasch**...auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, **nachgeprüft werden können**“⁴²⁰.

Art 1. (3) „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest **jedem zur Verfügung steht**, der ein **Interesse** an einem bestimmten öffentlichen (Auftrag) hat oder hatte und dem durch den behaupteten Rechtsverstoß ein **Schaden** entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss“⁴²¹.

Aus diesen Vorgaben ergibt sich für die **Direktvergabe** folgende Konsequenz: Liest man

⁴¹⁶ **Effektivitätsgebot** = Die im nationalen Recht vorgesehenen Modalitäten dürfen nicht darauf hinauslaufen, dass die Verwirklichung der Gemeinschaftsregelung praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird.

⁴¹⁷ **Äquivalenzgebot** = Das nationale Recht darf im Vergleich zu den Verfahren, in denen über gleichartige, rein nationale Fälle entschieden wird, nicht ungünstiger sein.

⁴¹⁸ Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 71].

⁴¹⁹ EuGH, Rs. C-91/92, Faccini Dori/Recreb; vgl. Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Seite 157].

⁴²⁰ Richtlinie 89/665/EWG.

⁴²¹ Richtlinie 89/665/EWG.

diese Bestimmungen zusammen, so ergibt sich, dass im Falle einer bewusst oder grob rechtswidrigen, ausschreibungslosen Auftragsvergabe ein Rechtsschutz gegeben sein muss⁴²².

Wird nun eine unzulässige Direktvergabe vor der Zuschlagsentscheidung⁴²³ bekannt, ist ein Rechtsschutz im Sinne dieser Vorgaben (wirksam, rasch, für jeden zugänglich) via Nachprüfungsverfahren im Sinne des § 320 Abs 1 iVm § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 wohl möglich. Demnach wird in solchen Fällen das Effektivitätsgebot zumeist nicht verletzt werden⁴²⁴. Eine Verletzung dieser unionsrechtlichen Vorgaben kann allerdings immer dann eintreten, wenn der übergangene Bieter **gar keine Möglichkeit** hatte, die Wahl der Direktvergabe zu bekämpfen. Dies wird etwa in – den in der Praxis sehr häufigen – Fällen der Geheimhaltung der Direktvergabe der Fall sein.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es zwar zu keiner unbedingten Verkürzung des Rechtsschutzes bei der Direktvergabe kommt, es aber in bestimmten Fällen, insbesondere durch das Verhalten des Auftraggebers, zu einem Verstoß gegen das Effektivitätsgebot kommen kann. In **diesen Fällen** muss man somit von einer **Unionswidrigkeit** des Rechtsschutzes bei der Direktvergabe iSd BVergG sprechen. Schließlich hat der übergangene Bieter – in Fällen der Unkenntnis von der unzulässigen Direktvergabe – keine Möglichkeit auf einen wirksamen und raschen Rechtsschutz.

Dabei muss jedoch wieder beachtet werden, dass die Richtlinien nur den Oberschwellenbereich regeln. Dem kann man aber wieder entgegenhalten, dass eine unzulässige Direktvergabe auch im Oberschwellenbereich denkbar ist. Zudem bestehen auch im Unterschwellenbereich primärrechtliche Vorgaben an den Rechtsschutz.

Spezialthema: Die unmittelbare Anwendung der Richtlinie 89/665/EWG

In weiterer Folge muss man sich somit die Frage stellen, ob ein solch übergangener Bieter die Möglichkeit hat, seinen Rechtsschutz **unmittelbar** auf die Richtlinie zu stützen? Die unmittelbare Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinien ist heftig umstritten. *Öhler*⁴²⁵ hat

⁴²² *Schabel*, Vergaben ohne Ausschreibung – ihre Nachprüfung nach deutschem Recht, ZVB 2004/71.

⁴²³ wobei hier zu beachten ist, dass die Entscheidung über den Vertragsabschluss bei der Direktvergabe zumeist keinen formalisierten Vorgang darstellt.

⁴²⁴ so auch *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 72].

⁴²⁵ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1998), 126.

1997 mit der Stellungnahme: „bei einer Schlecht- oder Nichtumsetzung der Rechtsmittelrichtlinien einen direkt auf die Rechtsmittelrichtlinien gegründeten Rechtsanspruch auf Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen der Auftraggeber und somit auf eine Beseitigung des behaupteten Rechtsverstoßes und Verhinderung weiterer Schädigungen der betroffenen Interessen“, eine unmittelbare Wirkung der RMRL angenommen. Aus der Rechtsprechung des EuGH⁴²⁶, des VfGH⁴²⁷ und VwGH⁴²⁸ ergibt sich jedoch, dass man eher von keiner unmittelbaren Wirkung der RMRL ausgehen muss. Allerdings lässt sich aus der jüngeren Rechtsprechung des VfGH⁴²⁹ sowie des EuGH⁴³⁰ wiederum eine gewisse Tendenz in Richtung unmittelbare Anwendbarkeit der RMRL erkennen. So geht der VfGH etwa davon aus, dass „...für die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Normen dadurch Sorge zu tragen ist, dass sie erforderlichenfalls jede entgegen stehende Bestimmung des nationalen Rechtes aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet (zu) lassen (hat)“⁴³¹. Aus der Rechtsprechung Santex⁴³² geht hervor, dass das „sich aus der Richtlinie 89/665 ergebende Effektivitätsgebot“ unmittelbar anwendbar ist.

Jedenfalls ist zu beachten, dass die Richtlinie 89/665/EWG **selbst keine klaren und bestimmten Handlungsanweisungen** gibt, was im Falle einer unzulässigen Direktvergabe zu tun ist. Der „self-executing-Charakter“ der Richtlinie wäre wiederum eine Voraussetzung, dass sich ein Betroffener vor den staatlichen Gerichten auf die mangelhafte Umsetzung der Richtlinie berufen könnte (siehe Seite 101). Nur in diesem Fall wäre die Richtlinie unmittelbar anwendbar.

➔ **Überarbeitung der Richtlinie 89/665/EWG durch die Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG:** Eine genauere Regelung des Rechtsschutzes bei Vergabeverstößen erfolgte auf Unionsebene schließlich mit der **Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG**⁴³³. Diese Richtlinie zielt vor allem darauf ab, den Rechtsschutz im Unterschwellenbereich

⁴²⁶ EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, Alcatel.

⁴²⁷ VfGH 11.6.2002, B 206/01.

⁴²⁸ VwGH 22.3.2000, 2000/04/0033.

⁴²⁹ VfGH 28.11.2002, B 1160/00 ua.

⁴³⁰ EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, Santex.

⁴³¹ VfGH 28.11.2002, B 1160/00.

⁴³² EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, Santex.

⁴³³ Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge.

effektiver zu gestalten.

Auf Grundlage öffentlicher Konsultationen und einer Studie zur Abschätzung der Gesetzesfolgen hat die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens angenommen. Die vorgeschlagene Richtlinie wurde dem Ministerrat der Europäischen Union und dem Europäischen Parlament zur Annahme nach dem Verfahren der Mitentscheidung (Art 294 AEUV) übermittelt. Eine Einigung wurde in der ersten Lesung erreicht. Die Richtlinie wurde formell angenommen und wurde am 20.12.2007 veröffentlicht. Die Mitgliedstaaten mussten die Richtlinie bis zum 20.12.2009 in innerstaatliches Recht umsetzen. Umgesetzt wurden die Vorgaben der EU schließlich mit dem 15. Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wurde (Novelle 2010 zum BVergG 2006).

Die Regelungen, mit welchen die Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG umgesetzt wurde, traten in Österreich erst mit mehrmonatiger Verspätung am **4.3.2010 in Kraft**. Der Grund für diese Verzögerung war die späte Zustimmung durch alle Bundesländer, welche im Vergaberecht ein Zustimmungsrecht haben, sofern es sich um wesentliche Änderungen des BVergG handelt. Mit der verspäteten Umsetzung kann unter Umständen eine Staatshaftung einhergehen⁴³⁴.

Diese Vergaberechtsschutz-Richtlinie ist eine Reaktion auf in den Nachprüfungsverfahren festgestellte „Schwachstellen“⁴³⁵ in den Mitgliedstaaten. *„Aufgrund dieser Schwachstellen können die Verfahren der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG die Beachtung der Gemeinschaftsvorschriften nicht immer gewährleisten und insbesondere nicht in einem Stadium, in dem Verstöße noch beseitigt werden könnten. So sollten die mit diesen Richtlinien angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung verstärkt werden, um zu gewährleisten, dass die positiven Effekte der Modernisierung und Vereinfachung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen im Rahmen der Richtlinien 2004/18/EG und 2004/17/EG für die Gemeinschaft insgesamt voll zum Tragen kommen. Es ist daher angezeigt, die Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG so zu präzisieren und zu ergänzen, dass die vom Gemeinschaftsgesetzgeber angestrebten Ziele*

⁴³⁴ Vgl hier die Haftung der Mitgliedstaaten gegenüber Bürgern für nicht umgesetzte RL; EuGH, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich ua/Italien.

⁴³⁵ Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG.

erreicht werden können⁴³⁶“.

Eine wesentliche Neuerung durch die Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG war die Einführung der **Stillhaltefristen**. Die neue Richtlinie verpflichtet die Vergabestellen, vor Abschluss eines öffentlichen Auftrages eine gewisse Anzahl von Tagen – die sogenannte Stillhaltefrist – verstreichen zu lassen. Dies gibt Bietern, die nicht den Zuschlag erhalten haben, die Möglichkeit, ein wirksames Überprüfungsverfahren zu einem Zeitpunkt einzuleiten, in welchem eine rechtswidrige Entscheidungen noch korrigiert werden kann. Wurde die Stillhaltefrist nicht eingehalten, schreibt die Richtlinie den nationalen „Gerichten“ unter bestimmten Voraussetzungen vor, dass sie einen unterzeichneten Vertrag aufzuheben haben, indem er für „unwirksam“ erklärt wird. Die Stillhaltefrist beträgt mindestens zehn Kalendertage ab Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, wenn diese per Fax oder auf elektronischen Weg abgesendet wird. Wenn ein anderes Kommunikationsmittel verwendet wird beträgt die Stillhaltefrist mindestens 15 Kalendertage ab deren Versendung⁴³⁷. Im **Unterswellenbereich** beträgt die **Stillhaltefrist stets sieben Tage**⁴³⁸. Eine Differenzierung nach Art der Übermittlung, ist im Unterswellenbereich nicht vorgesehen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung⁴³⁹. Dass die Stillhaltefrist im Unterswellenbereich demnach auch bei Übermittlung auf brieflichen Weg nur sieben Tage beträgt, wobei gem § 140 Abs 4 S 1 BVergG 2006 der Fristenlauf mit der Absendung beginnt, stößt auf **verfassungsrechtliche Bedenken**, denn ein faktisch effizienter Rechtsschutz ist damit im Ergebnis nicht mehr gewährleistet⁴⁴⁰.

Ein weiteres besonderes Ziel der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG ist die Bekämpfung der **freihändigen Vergabe** öffentlicher Aufträge, „*die der Gerichtshof als die schwerwiegendste Verletzung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens durch öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber bezeichnet hat*“. Bezüglich der Direktvergabe sieht die Richtlinie 2007/66/EG nachstehende Ziele und Vorgaben vor:

(13) „Um gegen die rechtswidrige freihändige Vergabe von Aufträgen vorzugehen, die der Gerichtshof als die schwerwiegendste Verletzung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des

⁴³⁶ Abs 3 der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG.

⁴³⁷ § 132 Abs 1 BVergG 2006 und § 273 Abs 1 BVergG 2006.

⁴³⁸ § 132 Abs 2 BVergG 2006 und § 273 Abs 1 BVergG 2006.

⁴³⁹ § 132 Abs 1 BVergG 2006.

⁴⁴⁰ *Sturm in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1524].

öffentlichen Auftragswesens durch öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber bezeichnet hat, sollten wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorgesehen werden. **Ein Vertrag, der aufgrund einer rechtswidrigen freihändigen Vergabe zustande gekommen ist, sollte daher grundsätzlich als unwirksam gelten.** Die Unwirksamkeit sollte nicht automatisch gelten, sondern durch eine unabhängige Nachprüfungsstelle festgestellt werden oder auf der Entscheidung einer unabhängigen Nachprüfungsstelle beruhen“.

(17) „Ein Nachprüfungsverfahren sollte zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die **ein Interesse** an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und der durch einen behaupteten Verstoß ein **Schaden** entstanden ist bzw. zu entstehen droht“.

(20) „Diese Richtlinie sollte die Anwendung schärferer Sanktionen nach innerstaatlichem Recht nicht ausschließen“.

(22) „Um zu gewährleisten, dass die Verhältnismäßigkeit der Sanktionen gewahrt bleibt, können die Mitgliedstaaten der für die Nachprüfungsverfahren zuständigen Stelle die Möglichkeit geben, den Vertrag nicht für unwirksam zu erklären oder einige oder alle zeitlichen Wirkungen des Vertrags anzuerkennen, wenn zwingende Gründe eines Allgemeininteresses dies in Ausnahmesituationen rechtfertigen. In diesen Fällen sollten stattdessen **alternative Sanktionen** zur Anwendung gelangen. Die von dem öffentlichen Auftraggeber oder dem Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle sollte alle relevanten Aspekte prüfen, um festzustellen, ob zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es erfordern, dass die Wirkungen des Vertrags bestehen bleiben“.

(25) „Die Notwendigkeit, für Rechtssicherheit hinsichtlich der Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftraggeber zu sorgen, erfordert ferner die Festlegung einer angemessenen **Mindest-Verjährungsfrist** für Nachprüfungen, in denen die Unwirksamkeit eines Vertrags festgestellt werden kann“.

(27) „Da diese Richtlinie die einzelstaatlichen Nachprüfungsverfahren stärkt, insbesondere in Fällen der rechtswidrigen freihändigen Vergabe, sollten die Wirtschaftsteilnehmer ermutigt werden, diese neuen Mechanismen zu nutzen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrags auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt. Die Effektivität dieser Fristen sollte respektiert werden“.

➔ **Die innerstaatliche Umsetzung der Vorgaben durch die Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG. Die nachträgliche Nichtigkeitserklärung von Verträgen:** Wesentliche Neuerung im Zuge der Richtlinie 2007/66/EG ist, dass nun ein Vertrag, welcher im Zuge einer unzulässigen Direktvergabe zustande gekommen ist, **nachträglich für nichtig erklärt werden kann**⁴⁴¹. Bisher war auch die unrechtmäßig zustande gekommene Auftragserteilung „bestandskräftig“. Damit wurde eine wesentliche Kritik am bisherigen Rechtsschutzsystem aufgegriffen. Bisher hatte der übergangene Bieter, nach Zuschlagserteilung, nämlich nur die Möglichkeit einen zivilrechtlichen Schadenersatz geltend zu machen. Die Geltendmachung dieses Anspruches stellt sich, wie unten noch dargestellt wird (siehe Seite 159), als besonders schwieriges Unterfangen dar. Daher hatte der unrechtmäßig handelnde Auftraggeber in der Praxis kaum rechtliche Konsequenzen zu befürchten bzw der übergangene Bieter stand mit leeren Händen da. Damit waren vor allem jene Fälle besonders augenfällig, in welchen der Auftraggeber eine weit über den Subschwellenwert für die Direktvergabe liegende Beschaffung direkt vergibt, in Folge geschickter Geheimhaltung dies aber auch für die Branchenkonkurrenten des begünstigten Unternehmens erst nach Vertragsabschluss (Zuschlagserteilung) bekannt wird. In diesem Fall blieb dieses Vorgehen zumeist ohne Folgen, da der Vertrag an sich gültig und unbekämpfbar war und ein bezifferbarer Schaden bei anderen Unternehmen zumeist nicht eingetreten ist⁴⁴².

Die unionsrechtlichen Vorgaben – der nachträglichen Nichtigkeitserklärung von Verträgen – werden auf Bundesebene durch die § 312 Abs 3 Z 3 bis 5 iVm § 334 BVergG 2006 **umgesetzt**: Trifft das BVA die Feststellung, dass

- ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise **ohne vorherige Bekanntmachung** bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde oder
- der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw 272 BVergG 2006 erteilt wurde oder
- der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs 4 bis 6, § 158 Abs 2 bis 5 oder § 290 Abs 2 bis 5 BVergG 2006 rechtswidrig war,

so hat es den **Vertrag für absolut nichtig zu erklären**. Nach Meinung der EU ist die Unwirksamkeit das beste Mittel, um den Wettbewerb wieder herzustellen und neue

⁴⁴¹ § 312 Abs 3 Z 4 BVergG 2006.

⁴⁴² Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 66].

Geschäftsmöglichkeiten für jene Wirtschaftsteilnehmer zu schaffen, welchen rechtswidrig die Möglichkeit einer Teilnahme am Wettbewerb genommen wurde⁴⁴³. So auch *Aicher*⁴⁴⁴, wonach der Zweck der Unwirksamkeit von Verträgen jener ist, dass der rechtswidrig direkt erteilte Auftrag wieder „auf den Markt“ kommt. Mit den Regeln der Mitgliedstaaten, die gewährleisten, dass ein Vertrag als unwirksam gilt, soll erreicht werden, dass die Rechte und Pflichten der Parteien im Rahmen des Vertrages nicht mehr ausgeübt und nicht mehr durchgesetzt werden können⁴⁴⁵.

*Stalzer/Porsch*⁴⁴⁶ sehen jedoch in der Befugnis des BVA, zivilrechtliche Verträge für nichtig zu erklären, einen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltentrennung iSd Art 94 B-VG.

Da es sich um eine **absolute Nichtigkeit** handelt, bedarf es keines besonderen Antrages auf Nichtigkeitserklärung⁴⁴⁷. In Art 2d Abs 2 zweiter Unterabsatz der RMRL wird die Nichtigkeitserklärung als rückwirkende Aufhebung der vertraglichen Verpflichtungen umschrieben. Vor der Nichtigkeitserklärung ist der Vertrag somit voll wirksam. Die Vorgaben der RMRL stellen es dem nationalen Gesetzgeber frei, ob die Aufhebung der vertraglichen Verpflichtungen rückwirkend (*ex tunc*) erfolgt, oder dass umgekehrt die Wirkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen beschränkt ist, die noch zu erfüllen sind (*ex nunc*). Der österreichische Gesetzgeber hat sich für eine **ex tunc Nichtigkeitserklärung** entschieden⁴⁴⁸. Die Wirkung einer *ex tunc* Nichtigkeitserklärung ist die rückwirkende Aufhebung des Vertrages. Die Vertragsparteien sind so zu stellen, als hätte der Vertrag nie bestanden⁴⁴⁹. Diese Rückstellung ist nur dann unproblematisch, wenn die Ausführung des Vertrages noch nicht begonnen hat. Wurde eine (Teil-) Leistung bereits erbracht, so fällt durch die rückwirkende Auflösung des Vertrages der Rechtsgrund für die schon erbrachte Leistung weg⁴⁵⁰. Bereicherungsrechtliche Ansprüche sind in diesem Fall auf den § 1435 ABGB (*condictio causa finita*) zu stützen. Der Auftraggeber verliert die Gewährleistungsansprüche für die erbrachten Leistungen⁴⁵¹.

⁴⁴³ Abs 14 der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG.

⁴⁴⁴ *Aicher*, Der europäische Rechtsrahmen für den Bieterschutz in ÖGEBAU, Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2009) 349.

⁴⁴⁵ Abs 21 der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG.

⁴⁴⁶ *Stalzer/Porsch*, Die Rechtsmitteländerungsrichtlinie 2007/66/EG und deren Umsetzung (Teil II), ZVB 2009/54, 203.

⁴⁴⁷ *Rindler*, Bundesvergabegesetz-Novelle 2009 – ein Überblick, RPA 2010, 59.

⁴⁴⁸ *Reisner in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2119].

⁴⁴⁹ *Reisner in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2119].

⁴⁵⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 278].

⁴⁵¹ *Krejci in Rummel*, Kommentar zum ABGB I (2002) § 1152 [Rz 5].

Problematisch erscheint die Konstellation, in der das BVA einen Vertrag für nichtig erklärt, ein Höchstgericht diesen Bescheid aber aufhebt und der Vertrag somit wieder „auflebt“⁴⁵². Ist die Leistung bereits erbracht, so wird ein Fall der Unmöglichkeit vorliegen. Wurde ein zweiter Vertrag über denselben Gegenstand abgeschlossen, fehlt eine Regelung. Wurde ein zweites Vergabeverfahren über denselben Leistungsgegenstand eingeleitet, wird dieses zu widerrufen sein⁴⁵³.

Die bereits erfolgte Erbringung der (Teil-) Leistung soll nicht dazu führen, „*dass strenge Sanktionen fehlen, wenn die Verpflichtungen im Rahmen des Vertrages bereits vollständig oder fast vollständig erfüllt wurden*“⁴⁵⁴. Für derartige Fälle sollen die Mitgliedstaaten „*alternative Sanktionen*“ vorsehen. Als alternative Sanktion hat der Gesetzgeber die Möglichkeit einer **Geldbuße** vorgesehen⁴⁵⁵. Diese Geldbuße muss wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein⁴⁵⁶. Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt im Oberschwellenbereich 20 % und im Unterschwellenbereich 10 % der Auftragssumme. Geldbußen fließen dem ERP-Fonds⁴⁵⁷ zu. Das Bundesvergabeamt hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs-, und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes heranzuziehen und zu berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrechterhalten wird⁴⁵⁸. Ein qualifizierter Verstoß gegen das Vergaberecht, etwa eine offenkundige Vergaberechtswidrigkeit, muss eine höhere Geldbuße nach sich ziehen⁴⁵⁹. Bei der Verhängung einer Geldbuße handelt es sich nicht um eine Verwaltungsstrafe. Das diesbezügliche Verfahren ist somit kein Verfahren wegen einer Verwaltungsübertretung. Die darin vorgeschlagene neuartige Sanktion stellt vielmehr – vergleichbar etwa mit den Geldbußen gemäß § 29 Kartellgesetz 2005 – ein neues Sanktionssystem dar, das zum bestehenden Strafrechtssystem hinzutritt⁴⁶⁰. Die Geldbuße ist,

⁴⁵² Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2119].

⁴⁵³ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2119].

⁴⁵⁴ Abs 21 der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG.

⁴⁵⁵ § 334 Abs 7 und 8 BVergG 2006.

⁴⁵⁶ Abs 13 der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG.

⁴⁵⁷ Der ERP-Fonds (Abkürzung von European Recovery Program = Europäisches Wiederaufbau-Programm) besteht seit 1962 und wird seit 2002 von der Austria Wirtschaftsservice Gesellschaft (aws) verwaltet. Diese Konstruktion wurde gewählt um zu vermeiden, dass der öffentliche Auftraggeber die „Strafe“ an sich selbst zahlt.

⁴⁵⁸ EB RV 2009 zu § 334.

⁴⁵⁹ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2124].

⁴⁶⁰ EB RV 2009 zu § 334.

gegenüber der primären Sanktion der Unwirksamkeit des Vertrages, subsidiär. Das Ziel der primären Sanktion ist nicht in einem Strafcharakter zu sehen, sondern in der Wiederherstellung des – durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht gestörten – Wettbewerbs. Es handelt sich somit primär um eine Maßnahme zum Schutz des lauterer Wettbewerbs⁴⁶¹. Die Geldbuße ist somit verschuldensunabhängig zu leisten⁴⁶².

Von der primären Regelsanktion, der rückwirkenden Nichtigkeitserklärung des gesamten Vertrages, kann in zwei **Ausnahmefällen** abgesehen werden. In diesen Fällen ist die Geldbuße als alternative Sanktion zu verhängen. Die Vertragsnichtigkeit ist gegen die Geldbuße „abzutauschen“⁴⁶³ in den Fällen, in denen **überwiegende Interessen des Auftraggebers** die Aufrechterhaltung des Vertrages verlangen oder der **Zweck**, der mit der Vertragsnichtigkeit verfolgt werden soll, nach den Umständen des einzelnen Falles **nicht (mehr) verwirklicht werden kann**.

Der öffentliche Auftraggeber hat die Möglichkeit, sein überwiegendes Interesse an der uneingeschränkten Aufrechterhaltung des Vertrages geltend zu machen⁴⁶⁴. Von der Nichtigkeitserklärung des Vertrages **im Unterschwellenbereich** ist **abzusehen**, wenn das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses – auch unter der Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen – **überwiegt**. Die Rechtsschutzeinrichtung hat daher eine reine Interessensabwägung vorzunehmen. Diese Interessensabwägung ist Ausdruck des unionsrechtlich anerkannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁴⁶⁵. Als öffentliche Interessen, welche für eine alternative Sanktion sprechen, können etwa die Unzumutbarkeit der (sofortigen) Aufhebung von Heizungs-, oder Stromlieferungsverträgen (zB kurz vor oder während einer Heizperiode) genannt werden, wenn die Versorgung von Amtsgebäuden, Schulen, Krankenhäusern usw nicht mehr gewährleistet wäre und der Auftraggeber eine gewisse Zeit für die Durchführung eines korrekten Vergabeverfahrens benötigt⁴⁶⁶. Anders als im Oberschwellenbereich, in

⁴⁶¹ EB RV 2009 zu § 334.

⁴⁶² *Reisner in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2124].

⁴⁶³ *Aicher*, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 12].

⁴⁶⁴ *Aicher*, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 12].

⁴⁶⁵ Abs 22 der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG.

⁴⁶⁶ EB RV 2009 zu § 334.

welchem ein Absehen von der Nichtigkeitserklärung nur bei zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich ist, können im Unterschwellenbereich auch bloße Vermögensschäden des Auftraggebers in die Interessensabwägung einbezogen werden.

Neben den Fällen, in denen der Auftraggeber die Möglichkeit hat, trotz festgestellter Unzulässigkeit der bekanntmachungslosen Vergabe die volle Geltung des abgeschlossenen Vertrages ausnahmsweise zu „retten“, ermöglicht der § 334 Abs 5 BVergG 2006 dem Auftraggeber die Möglichkeit im Feststellungsverfahren die **Aufhebung nur für die Zukunft** zu erwirken⁴⁶⁷. Der öffentliche Auftraggeber kann somit beantragen, dass der Vertrag erst mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird⁴⁶⁸. Die Aufhebung erfolgt in diesem Fall nicht ex tunc sondern ex nunc. Das kann in jenen Fällen sinnvoll sein, in denen der Vertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde und Leistungen aus dem Vertrag bereits erbracht wurden. Voraussetzung ist auch hier eine positive Interessenabwägung zwischen den Interessen des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertrages und dem Antragsteller an der Aufhebung des Vertragsverhältnisses sowie allfälligen öffentlichen Interessen. Es handelt sich in diesem Fall um eine Einzelfallentscheidung⁴⁶⁹.

Gem § 334 Abs 4 BVergG 2006 hat das BVA auszusprechen, dass der Vertrag nur insoweit aufgehoben wird, als Leistungen ausständig oder erbrachte Leistungen ohne Wertminderung rückstellbar sind. Eine Nichtigkeitserklärung kommt daher nur mehr für jene Leistungsteile in Frage, die noch ausständig sind oder ohne Wertminderung zurückgestellt werden können⁴⁷⁰. Wird etwa ein Gebäude errichtet und ist der Keller bereits fertiggestellt, wird der Vertrag, auch aufgrund der Gewährleistungsansprüche, für den Keller aufrecht bleiben und für den Rest des Gebäudes aufgehoben werden⁴⁷¹.

Wesentlich ist, dass ein Vertrag im **Unterschwellenbereich** nur dann für nichtig erklärt werden kann, wenn die Vorgangsweise des Auftraggebers **offenkundig rechtswidrig** war⁴⁷².

⁴⁶⁷ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 12].

⁴⁶⁸ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 12].

⁴⁶⁹ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2121].

⁴⁷⁰ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2121].

⁴⁷¹ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2121].

⁴⁷² § 334 Abs 3 BVergG 2006.

War daher die Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich gar nicht offenkundig unzulässig, so kommt die Regelung der Nichtigerklärung überhaupt nicht zur Anwendung⁴⁷³. Der Vergaberechtsverstoß des Auftraggebers bleibt insofern sanktionslos, als der Bestand des Vertrages auch bei größeren, aber noch nicht offenkundigen, Vergaberechtsverstößen nicht angerührt wird⁴⁷⁴. Doch ab wann war die Vorgehensweise eines Auftraggebers „offenkundig“ rechtswidrig? Dazu der OGH⁴⁷⁵ ganz allgemein: „Eine unzulässige Direktvergabe verstößt...offenkundig gegen ein Kernanliegen des Vergaberechts“⁴⁷⁶. Der VwGH scheint an die Offenkundigkeit einen strengen Maßstab anzulegen. Er führt dazu unter Berufung auf Aicher⁴⁷⁷ aus, dass eine offenkundig unzulässige Direktvergabe dann anzunehmen ist, wenn der Auftraggeber unter Missachtung des klaren Gesetzeswortlautes oder jenseits vertretbarer Gesetzesauslegung einen Beschaffungsvorgang dem Ausnahmetatbestand der Direktvergabe zuordnet oder als nicht dem BVergG unterfallend qualifiziert⁴⁷⁸. Bei der Beurteilung der offenbaren Unzulässigkeit einer Direktvergabe ist ein objektiver Maßstab anzulegen⁴⁷⁹. Offenkundigkeit bedeutet, dass der Rechtsverstoß evident⁴⁸⁰ (gleichsam „ins Auge springend“) ist und nicht erst auf Grund komplexen rechtlichen Abwägungen bzw. Beurteilungen, Sachverständigengutachten usw. feststeht⁴⁸¹. Ein entschuldbarer Rechts-, oder Tatsachenirrtum schließt eine offenkundige Unzulässigkeit aus⁴⁸². Ein Rechtsirrtum kann daher nur dann zur offenkundigen Unzulässigkeit führen, wenn er auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruht⁴⁸³. Als Beispiel für derartig offenkundige Rechtsverstöße werden in den Erläuterungen zum § 334 BVergG 2006 Direktvergaben von hochstandardisierten Leistungen oberhalb der entsprechenden Subschwellenwerte genannt. Der EuGH⁴⁸⁴ meint, dass bei der Beurteilung ob ein „qualifizierte Verstoß“ vorliegt auf folgende Gesichtspunkte zu achten ist: Das Maß der Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift den Behörden lässt, ob der Verstoß sowie der Schaden vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde sowie die Entschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtumes.

⁴⁷³ EBR 327 BlgNR XXIV. GP 37.

⁴⁷⁴ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2120].

⁴⁷⁵ OGH 23.05.2006, 4Ob23/06w.

⁴⁷⁶ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 23 Rz 129.

⁴⁷⁷ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 132 Rz 16 ff.

⁴⁷⁸ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2120].

⁴⁷⁹ VwGH 24.02.2010; 2009/04/0209.

⁴⁸⁰ BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42.

⁴⁸¹ EBRV 2009 zu § 334.

⁴⁸² Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2120].

⁴⁸³ VwGH 24.2.2010, 2009/04/0209.

⁴⁸⁴ EuGH, verb. Rs. C-46/93, Braisserie du Pêcheur und Factortame, Slg 1996, I-1029, [Rn 56].

➔ **Die innerstaatliche Umsetzung der Vorgaben durch die Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG. Die absolute Anfechtungsfrist:** Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vertrages auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt⁴⁸⁵. Gem § 332 Abs 3 BVergG 2006 sind Anträge auf Feststellung, dass rechtswidrigerweise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, **innen sechs Monaten** ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Dabei handelt es sich um die Frist für Anträge auf Nichtigerklärung von Verträgen gemäß den unionsrechtlichen Vorgaben⁴⁸⁶. Diese sechs monatige Frist stellt eine absolute Frist dar⁴⁸⁷.

Das Gesetz sieht entsprechend Art 2 f Abs 1 lit a RMRL die Möglichkeit einer Verkürzung der Antragsfrist auf **30 Tage** vor. Bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb kann der Auftraggeber die Anfechtungsfrist verkürzen, indem er die Zuschlagserteilung⁴⁸⁸ bekannt macht⁴⁸⁹. In den Fällen, in denen der Auftraggeber keine Zuschlagsentscheidung⁴⁹⁰ bekannt gegeben hat, kann die Anfechtung nicht durch eine Bekanntmachung verkürzt werden⁴⁹¹. Um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, muss die Bekanntmachung der Zuschlagserteilung eine gewisse Intensität erreichen. Der Mindestinhalt einer solchen **freiwilligen nachträglichen Bekanntmachung** sind: Name und Anschrift des Auftraggebers und des erfolgreichen Bieters, eine Beschreibung des Auftragsgegenstandes, der Auftragswert und die maßgeblichen Gründe für die Durchführung des Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung⁴⁹². Bei der Bekanntmachung im Unterschwellenbereich ist darauf zu achten, dass ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist⁴⁹³. Macht der Auftraggeber von dieser freiwilligen nachträglichen Bekanntmachung keinen Gebrauch, so bleibt die sechs monatige Antragsfrist aufrecht. Auftraggebern ist diese Möglichkeit zu empfehlen, da sie die Möglichkeit bietet, bei

⁴⁸⁵ Abs 27 der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG.

⁴⁸⁶ EBRV 327 BlgNR XXIV. GP 35.

⁴⁸⁷ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2111].

⁴⁸⁸ Die Zuschlagserteilung ist „die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen“ (§ 2 Z 50 BVergG 2006).

⁴⁸⁹ § 332 Abs 3 Z 2 BVergG 2006.

⁴⁹⁰ Die Zuschlagsentscheidung ist „die an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“ (§ 2 Z 49 BVergG 2006).

⁴⁹¹ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2111].

⁴⁹² § 54 Abs 6 letzter Satz BVergG 2006.

⁴⁹³ siehe dazu § 55 Abs 2 BVergG 2006.

Direktvergaben eine schnellere Bestandsfestigkeit des Vertrages zu erreichen⁴⁹⁴.

Spezialthema: Kritische Betrachtung der absoluten Anfechtungsfrist bei der Direktvergabe

Die **Limitierung des möglichen Rechtsschutzes** auf lediglich sechs Monate bzw 30 Tage ist bei der **Direktvergabe als besonders kritisch zu würdigen**. Die Gefahr liegt in diesem Fall vor allem darin, dass der übergangene Bieter binnen sechs Monaten von einer geschickt geheim gehaltenen Direktvergabe nichts erfährt. Andererseits muss man freilich auch dem Interesse, auf die Gültigkeit eines einmal geschlossenen Vertrages vertrauen zu dürfen, Rechnung tragen. Es wäre daher überlegenswert, die Dauer der möglichen Anfechtungsfrist auf die **Schutzwürdigkeit des Auftragnehmers** abzustellen. In diese Überlegung müssten weiters allfällige öffentliche Interessen sowie etwaige Interessen Dritter einbezogen werden. Stellt sich daher der Auftragnehmer als nicht schützenswert dar, etwa in Folge einer Mitwirkung am Rechtsverstoß, und stehen keine öffentlichen Interessen bzw Interessen Dritter einer Nichtigerklärung nach dieser Frist entgegen, so könnte man überlegen diese Frist nicht als absolute – sondern lediglich als relative – Frist zu betrachten.

➔ Gesetzwidrigkeit von Rechtsgeschäften im Zuge einer unzulässigen Direktvergabe:

In diesem Zusammenhang muss man sich auch die Frage stellen, ob Verträge, welche im Zuge einer unzulässigen Direktvergabe zustande gekommen sind, nicht generell – also unabhängig von etwaigen Fristen – als gesetzwidrig und somit ungültig zu betrachten sind? Dieser „Exkurs“ in das bürgerliche Recht sei an dieser Stelle erlaubt, schließlich handelt es sich bei öffentlichen Aufträgen um gewöhnliche zivilrechtliche Verträge (siehe Seite 14). Der § 879 ABGB ordnet grundsätzlich an, dass *„Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen, nichtig sind“*. Der § 41 BVergG 2006 (arg: *„Eine Direktvergabe ist nur zulässig, wenn...“*) stellt durchaus ein solches gesetzliches Verbot dar⁴⁹⁵. Jedoch macht nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ein Rechtsgeschäft nichtig. Vielmehr kommt es auf den Verbotszweck der jeweils verletzten Norm an⁴⁹⁶. Es ist daher zu fragen, ob der Verbotszweck des § 41 BVergG 2006 die Ungültigkeit eines rechtswidrigerweise vergebenen Auftrages verlangt, oder ob er sich mit der Verhängung anderer Rechtsfolgen

⁴⁹⁴ Stalzer/Porsch, Die Rechtsmitteländerungsrichtlinie 2007/66/EG und deren Umsetzung (Teil II), ZVB 2009/54, 203; bzw Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2111].

⁴⁹⁵ so auch Katary noch zum alten § 27 BVergG; Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 77].

⁴⁹⁶ Krejci in Rummel, Kommentar zum ABGB I (2002) § 879 [Rz 25].

begnügt⁴⁹⁷. Ich folge *Katary*⁴⁹⁸, welcher eine Nichtigkeitsannahme spätestens beim Normzweck versagt. „Denn aus den weiteren Bestimmungen und dem System des BVergG ist herauszulesen, dass **nur in speziellen Fällen Nichtigkeit** vorgesehen ist und der Gesetzgeber sich **auch auf diese Fälle beschränken will**“. Aus dem Verstoß gegen das gesetzliche Verbot des § 41 BVergG 2006 ist auf Grund der bewussten Entscheidung des Gesetzgebers und dem daraus ableitbaren Normzweck des § 41 BVergG 2006 daher **keine Nichtigkeit** abzuleiten. Diese Gesetzeswidrigkeit führt daher nicht (automatisch) zu einer Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.

➔ **Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften im Zuge einer unzulässigen Direktvergabe:** Fraglich ist weiters, ob das Rechtsgeschäft **sittenwidrig** iSd § 879 ABGB ist. Rechtsfolge wäre auch in diesem Fall die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Unter den guten Sitten werden Rechtsnormen verstanden, welche sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben, sich aber aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ableiten⁴⁹⁹. Der Gesetzgeber ist bei der Normierung des BVergG 1997 davon ausgegangen, dass „aus einer systematischen Betrachtung des BVergG 1997 im Zusammenhang mit § 879 ABGB“ eine Ableitung von Nichtigkeiten möglich war⁵⁰⁰. Die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes aufgrund Sittenwidrigkeit ist somit durch die normierten Nichtigkeitstatbestände offensichtlich nicht ausgeschlossen worden⁵⁰¹. Ob ein Rechtsgeschäft nun konkret sittenwidrig ist, ist jeweils eine Einzelentscheidung und ergibt sich ua aus folgenden Faktoren: Inhalt, Zweck, Beweggründe und Begleitumstände des Rechtsgeschäftes. Dazu hat der OGH⁵⁰² folgende Richtlinie ausgesprochen: „...ein Geschäft (ist) dann sittenwidrig, wenn es, ohne gegen ein positives inländisches Gesetz zu verstoßen, offenbar rechtswidrig ist, also ungeschriebenes Recht – insbesondere allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze – verletzt. Dies ist unter Berücksichtigung aller Umstände an Hand der von der Gesamtrechtsordnung geschützten Interessen zu beurteilen, wobei es auf Inhalt, Zweck und Beweggrund des Geschäftes, also auf den Gesamtcharakter der Vereinbarung ankommt. Gegen die guten Sitten verstößt, was dem Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft, dh aller billig und gerecht Denkenden, widerspricht“⁵⁰³.

⁴⁹⁷ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 77].

⁴⁹⁸ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 77].

⁴⁹⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I (12. Auflage), 162.

⁵⁰⁰ 1118 BlgNR 21. GP 47 (Bericht des Verfassungsausschusses).

⁵⁰¹ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 78].

⁵⁰² OGH 20.9.2003, 3 Ob 13/99d.

⁵⁰³ *Apathy* in *Schwimann*, Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (2006) [Rz 8] zu § 879.

Ist eine unzulässige Direktvergabe eine solch gravierende Rechtswidrigkeit, dass die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes aufgrund Sittenwidrigkeit die Folge ist? Die Antwort auf diese Frage kann nicht generell mit „ja“ beantwortet werden. Auf der anderen Seite auch nicht generell mit „nein“. Es ist vielmehr auf den Gesamtcharakter des Rechtsgeschäftes abzielen. Ein einfacher Verstoß gegen den § 41 BVergG 2006 führt wohl noch keine Sittenwidrigkeit herbei. Vielmehr müssen dafür noch weitere schwerwiegende Umstände hinzutreten⁵⁰⁴. Nach *Katary*⁵⁰⁵ ist eine Sittenwidrigkeit etwa dann denkbar, wenn die Schwellenwerte für die Direktvergabe gravierend überschritten wurden. Ein positives Wissen über die Rechtswidrigkeit beider Parteien spricht ebenfalls für eine gravierende Rechtswidrigkeit. In diesem Fall wird man von einer **Kollusion** ausgehen⁵⁰⁶.

Die Kollusion ist ein Unterfall der Sittenwidrigkeit. Eine Kollusion wird definiert als das „(sittenwidrige) *Zusammenwirken zum Nachteil eines anderen*“⁵⁰⁷. Der „andere“ wird in diesem Fall der übergangene Bieter sein, welcher einen Schaden erleidet, indem er nicht am Vergabeverfahren teilnehmen kann. Schädigungsobjekt wird außerdem der faire und gleiche Wettbewerb sein⁵⁰⁸. Für die Nichtigkeit des Vertrages aufgrund einer Kollusion wird es genügen, wenn dem Auftragnehmer die Schädigungsabsicht des Auftraggebers und die Rechtswidrigkeit erkennbar war⁵⁰⁹.

In Fällen der Sittenwidrigkeit geht man von einer absoluten Nichtigkeit aus⁵¹⁰. Das bedeutet, dass ein Anfechtungsantrag gar nicht notwendig ist. Die entsprechende Feststellungskompetenz ist für das BVA im § 334 BVergG 2006 normiert. Die Rechtsfolge einer allfälligen Nichtigkeit wäre eine ex-tunc wirkende Ungültigkeit eines bereits abgeschlossenen Vertrages. Außerdem wird eine Gesamtnichtigkeit vorliegen, da eine Teilnichtigkeit nicht sinnvoll möglich und der gesamte Vertrag mit Rechtswidrigkeit belastet ist⁵¹¹.

Im Ergebnis kann man also festhalten, dass es bei der Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft auf

⁵⁰⁴ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 79].

⁵⁰⁵ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 79].

⁵⁰⁶ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 79].

⁵⁰⁷ *Benke/Meissel/Luggauer*, Juristenlatein 216 f.

⁵⁰⁸ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 79].

⁵⁰⁹ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 79].

⁵¹⁰ *Krejci*, in Rummel, Kommentar I zu 247 zu § 879.

⁵¹¹ *Katary*, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 80].

der Grundlage einer unzulässigen Direktvergabe, sittenwidrig iSd § 879 ABGB ist, auf die **Umstände des Einzelfalles** ankommt. Man muss allerdings auch in Betracht ziehen, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit erheblich in die Privatautonomie des Auftraggebers eingreift. Diese Autonomie sollte allerdings im Falle eines Missbrauches nicht geschützt werden! Wurde etwa der Subschwellenwert des § 41 Abs 2 BVergG 2006 deutlich überschritten und war diese Rechtswidrigkeit beiden Parteien bekannt, so erscheint der Fortbestand dieses Rechtsgeschäftes **als wenig schutzwürdig**. Der übergangene Bieter verdient im Interesse des Gemeinwohls die größere Aufmerksamkeit als der sich rechtswidrig verhaltende Auftraggeber.

Kapitel 4.4: Das Nachprüfungsverfahren bei der Direktvergabe

Wie oben geschildert verläuft das Rechtsschutzverfahren vor dem BVA auf drei Ebenen: a) Nachprüfungsverfahren b) Provisorialverfahren und c) Feststellungsverfahren. Bezüglich der generellen Abläufe dieser Verfahren möchte ich auf oben (siehe Seite 87) verweisen. Nun soll auf die **Besonderheiten im Bereich der Direktvergabe** eingegangen werden.

➔ **Die Antragslegitimation für ein Nachprüfungsverfahren bei der Direktvergabe:**
Voraussetzungen für eine **Antragslegitimation** betreffend Nachprüfungsverfahren bei der Direktvergabe sind gem § 320 Abs 1 BVergG 2006:

1. Ein Interesse am Abschluss eines in den Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages und;
2. Ein durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandener oder zu entstehen drohender Schaden.

Daraus lässt sich ableiten, dass eine Kausalität zwischen der behaupteten Rechtsverletzung und dem geltend gemachten Schaden bestehen muss⁵¹². Durch diese Einschränkung können Popularklagen sowie Rechtsbehelfe offensichtlich aussichtsloser Bewerber ausgeschlossen werden⁵¹³. Dabei darf allerdings die praktische Wirksamkeit der RMRL nicht beschränkt werden. Die Einschränkung der Antragsbefugnis ist daher im Lichte der doppelten Zielsetzung der Richtlinie auszulegen, einerseits dem Einzelnen effektiven Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewähren und andererseits eine

⁵¹² Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1772].

⁵¹³ BVA 17.3.2009; N/0078-BVA/08/2008-347.

angemessene Kontrolle der Legalität der Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber zu ermöglichen⁵¹⁴. Die Antragsbefugnis für ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren darf daher nicht übermäßig eingeschränkt werden.

Ein **Interesse am Vertragsabschluss** ist bereits dann gegeben, wenn sich ein Unternehmer an einem Vergabeverfahren beteiligen will. Dabei ist – speziell für die Direktvergabe – zu beachten, dass eine Antragslegitimation auch vor Abgabe eines Angebotes oder Teilnahmeantrages gegeben sein kann⁵¹⁵. Demnach können Fehler in der Bekanntmachung oder bei der Verfahrenswahl, **auch ohne vorherige Angebotslegung bekämpft** werden⁵¹⁶. Schlussendlich bringt ein Unternehmer sein Interesse am Vertragsabschluss bereits dadurch zum Ausdruck, indem er beim BVA einen Nachprüfungsantrag stellt und hierfür die erforderliche Pauschalgebühr einzahlt⁵¹⁷.

Obwohl die Darlegung des Interesses am Vertragsabschluss in der Praxis meistens kein Problem darstellt, darf diese Antragslegitimation nicht als inhaltsleere „Phrase“ betrachtet werden⁵¹⁸. Der Antragsteller muss darlegen, dass er bereit wäre, Vertragspartner mit dem öffentlichen Auftraggeber zu werden. Ein konkreter Nachweis der Leistungsfähigkeit muss vom Antragsteller in diesem Stadium aber noch nicht erbracht werden. *„Insbesondere in den Fällen der Direktvergabe...wäre dem Betroffenen ein konkreter Nachweis seiner Leistungsfähigkeit kaum möglich, da es ihm mangels vorheriger Bekanntmachung an genauen Informationen über die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen fehlen dürfte“*⁵¹⁹. Wenn es einem Unternehmer hingegen alleine darum geht, den Vertragsabschluss mit einem anderen Unternehmer zu verhindern, etwa weil der Antragsteller den Verlust von Marktanteilen befürchtet, so mangelt es am Interesse am Vertragsabschluss⁵²⁰. Das BVA spricht davon, dass dieses Antragserfordernis nur dann als nicht vorliegend anzusehen ist, wenn deren Fehlen *„geradezu evident“*⁵²¹ ist.

Die zweite Voraussetzung der Antragslegitimation ist der **eingetretene oder zu entstehen**

⁵¹⁴ BVA 17.3.2009; N/0078-BVA/08/2008-347.

⁵¹⁵ VfGH 10.12.2001, B 405/99.

⁵¹⁶ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1774].

⁵¹⁷ BVA 19.1.2007, N/0103-BVA/05/2006-28.

⁵¹⁸ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1778].

⁵¹⁹ BVA 17.3.2009; N/0078-BVA/08/2008-347.

⁵²⁰ BVA 10.10.2008, N/0082-BVA/09/2008-56.

⁵²¹ BVA 17.3.2009; N/0078-BVA/08/2008-347.

drohende Schaden. Unter dem Begriff „Schaden“ sind nicht nur Vermögensschäden zu verstehen, sondern jede Rechtswidrigkeit, die geeignet ist, Wettbewerbsverzerrungen zu verursachen und dem interessierten Unternehmer die Möglichkeit nimmt, am Vergabeverfahren teilzunehmen⁵²². Der „Schaden“ umfasst auch alle Nachteile, welche aus der Beeinträchtigung der Möglichkeit, an einem Verfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten, resultieren⁵²³. Mangels Schadens sind Nachprüfungsanträge auszuscheiden, wenn das Angebot des Antragstellers bereits ausgeschieden wurde⁵²⁴. Als Schaden kommt auch der entgangene Gewinn in Betracht, welcher dem Antragsteller im Falle eines Projektverlustes entsteht⁵²⁵ bzw der Verlust eines möglichen Referenzprojektes⁵²⁶. *„Wurde ein Auftrag im Wege der Direktvergabe ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben, so folgt schon aus dieser – als rechtswidrig gerügten – Vereitlung (s)einer Teilnahmemöglichkeit am Vergabeverfahren, dass dem Antragsteller möglicherweise ein Auftrag entgangen und somit ein Schaden entstanden ist“*⁵²⁷.

Nach der Rechtsprechung des EuGH⁵²⁸ muss die Möglichkeit einer Überprüfung im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens sich auch auf Entscheidungen außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens und auf das Vorfeld einer förmlichen Ausschreibung erstrecken. *„Die Mitgliedstaaten dürfen daher die Nachprüfungsmöglichkeit nicht davon abhängig machen, dass das fragliche Vergabeverfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht hat“*. Nicht nachprüfbar sind allerdings Handlungen, die eine bloße Vorstudie des Marktes darstellen oder die rein vorbereitend sind und sich im Rahmen der internen Überlegungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf die Vergabe eines öffentlichen Auftrags abspielen. Bei **Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung** ist gem § 13 Abs 3 BVergG 2006 ein Vergabeverfahren dann **„eingeleitet“**, wenn der Auftraggeber seine erste nach außen in Erscheinung tretende Festlegung trifft. Das ist etwa dann der Fall, wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt⁵²⁹. Konkret wird dies oft die Kontaktaufnahme mit einem Unternehmer sein⁵³⁰.

⁵²² Vgl zB BVA 23.4.1998, F-26/97-22; 23.1.2005, 10 N-134/04-22.

⁵²³ BVA 11.5.2001, N-52/01-12; BVA 26.4.2004, 12N-2/04-55.

⁵²⁴ VwGH 30.11.2006, 2005/04/0067; 15.12.2006, 2005/04/0091.

⁵²⁵ *Essletzichler*, Antragslegitimation ausgeschiedener und auszuscheidender Bieter, in Österreichische Gesellschaft für Baurecht/Österreichisches Institut für Baurecht, Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht – Festschrift zum 30jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht (2008) 388.

⁵²⁶ BVA 14.2.2007, N/0007-BVA/15/2007-EV10.

⁵²⁷ BVA 17.3.2009; N/0078-BVA/08/2008-347.

⁵²⁸ EuGH 11.1.2005, C-26/03; Stadt Halle/ARGE TREA Leuna.

⁵²⁹ EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 35.

Ab diesem Zeitpunkt sind die Entscheidungen des Auftraggebers bei der Direktvergabe via Nachprüfungsverfahren anfechtbar.

➔ **Die Präklusionsfristen bei der Direktvergabe:** Beim Nachprüfungsverfahren nimmt das System der **Präklusionsfristen** eine wichtige Rolle ein (siehe Seite 91). Nach § 322 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 ist ein Nachprüfungsantrag jedenfalls unzulässig, wenn er nicht innerhalb der in § 321 BVergG 2006 genannten Fristen eingebracht wird. Sinn und Zweck dieses Systems ist es, ein rasches und effizientes Rechtsschutzverfahren sicherzustellen. Bei der Durchführung einer **Direktvergabe** beträgt die Anfechtungsfrist **sieben Tage**, allerdings ab dem Zeitpunkt, ab dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung⁵³¹ Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen können⁵³². *„Da die Wahl der Verfahrensart Direktvergabe weder mitgeteilt noch bekannt gemacht wird, beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, zu dem von dieser Entscheidung Kenntnis erlangt wurde oder erlangt hätte werden können“*⁵³³. Dabei ist fraglich, ab wann ein Unternehmer von dieser Entscheidung **Kenntnis erlangen hätte können**? Dazu hat das BVA⁵³⁴ gemeint, dass es nicht auf die auftraggeberautonom ausgewählte innerstaatliche Vergabebekanntmachungen ankommen kann. Eine Pflicht zur Lektüre sämtlicher innerstaatlicher potenzieller Bekanntmachungsmedien würde die **Sorgfaltspflichten** für österreichische Unternehmer überspannen.

Das Nachprüfungsverfahren bei der Direktvergabe vor dem BVA ist somit zeitlich bis zur Zuschlagserteilung möglich, jedenfalls aber sieben Tage ab dem Zeitpunkt, indem der Auftraggeber von der Wahl der Direktvergabe Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können⁵³⁵. Da der übergangene Bieter bei einer geschickt geheim gehaltenen unzulässigen Direktvergabe idR bis zur Zuschlagserteilung keine Kenntnis erlangen wird, hat das **Nachprüfungsverfahren bei der Direktvergabe in der Praxis eine geringe Rolle**⁵³⁶. Hat der übergangene Bieter jedoch vor Zuschlagserteilung von der Direktvergabe erfahren, so muss ein Nachprüfungsantrag binnen sieben Tage eingebracht werden. Diese Frist von lediglich sieben Tagen ist als problematisch – weil sehr kurz – zu betrachten.

⁵³⁰ Schabel, Vergaben ohne Ausschreibung – ihre Nachprüfung nach deutschem Recht, ZVB 2004/71.

⁵³¹ Wahl des Vergabeverfahrens (§ 2 Z 16 lit a sublit nn BVergG 2006).

⁵³² § 321 Abs 3 BVergG 2006.

⁵³³ EB RV 2009 zu § 321 BVergG.

⁵³⁴ BVA 19.10.2006, N/0074-BVA/08/2006-65.

⁵³⁵ Blaha in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 343].

⁵³⁶ so auch Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2034].

Aufgrund des Systems der Präklusionsfristen kann die fehlerhafte Wahl der Direktvergabe nicht mehr aufgegriffen werden, wenn ein Nachprüfungsantrag nicht fristgerecht gestellt worden ist. Diese Rechtslage ist als kritisch zu würdigen. Aus diesem Grund wird in der Lehre oftmals die Frage thematisiert, ob es beim Vorliegen fundamentaler Rechtswidrigkeiten zu einer Durchbrechung des Präklusionssystems kommen kann. Mit anderen Worten wird vorgebracht, dass die Möglichkeit bestehen soll gravierende „**Wurzelmängel**“ auch nach Ablauf der Präklusionsfristen anfechten zu können. Laut den Zielen der Vergaberechtsschutz-Richtlinie 2007/66/EG ist die unzulässige freihändige Vergabe von öffentlichen Aufträgen die „*schwerwiegendste Verletzung*“ der unionsrechtlichen Vorgaben (siehe Seite 105). Daher kann man bei einer unzulässigen Direktvergabe von einem solchen Wurzelmangel sprechen. Soll die Möglichkeit bestehen, eine auf gravierende Art und Weise unzulässige Direktvergabe auch nach Ablauf der Präklusionsfristen via Nachprüfungsantrag zu bekämpfen?

Spezialthema: Durchbrechung des Präklusionssystems aufgrund eines Wurzelmangels?

Generell kann festgehalten werden, dass die unionsrechtliche Zulässigkeit von Präklusionsfristen spätestens seit dem EuGH-Urteil *Universale-Bau* (EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99) bejaht werden kann. Diese Entscheidung ist auch insofern von Bedeutung, **weil nicht zwischen „grundlegenden“ Mängeln oder sonstigen Rechtsverstößen differenziert** wird. Mangels Differenzierung werden daher sämtliche Mängel, also auch Wurzelmängel, welche nicht innerhalb der jeweiligen Frist angefochten werden, unanfechtbar und sind damit als geheilt anzusehen. Auch der VwGH differenziert nicht zwischen fundamentalen Vergaberechtsverstößen und weniger schwerwiegenden Verstößen und spricht sich damit ebenfalls für eine absolute Geltung der Präklusionsfristen aus⁵³⁷.

Aufgrund der gefestigten Rechtsprechung zu diesem Themenbereich kann somit festgehalten werden, dass es auch bei einer gravierend unzulässigen Direktvergabe nicht zu einer Durchbrechung des Präklusionssystems kommt⁵³⁸.

➔ **Die Wahl des Vergabeverfahrens als gesondert anfechtbare Entscheidung bei der Direktvergabe:** Das Nachprüfungsverfahren erstreckt sich gem § 320 Abs 1 BVergG 2006

⁵³⁷ VwGH 7.11.2005, 2003/04/0135; VwGH 27.6.2007, 2005/04/0234; VwGH 1.10.2008, 2005/04/0204.

⁵³⁸ andere Meinungen werden von *Hahn*, BVergG 2002, Neuer Wissenschaftlicher Verlag (2002), 698 sowie (teils) in *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1923] vertreten.

nur auf **gesondert anfechtbare Entscheidungen** (siehe Seite 89). Nach den Zielsetzungen der RMRL ist der Begriff „Entscheidung“ weit auszulegen⁵³⁹. Eine Entscheidung muss nicht ausdrücklich oder schriftlich erfolgen, sondern kann auch mündlich oder konkludent nach außen in Erscheinung treten⁵⁴⁰. So muss speziell die Entscheidung des Auftraggebers, kein formelles Vergabeverfahren durchzuführen, sondern einen Auftrag direkt zu vergeben, als „Entscheidung“ im Sinne der RMRL bekämpfbar sein⁵⁴¹. Der Nachprüfungscompetenz unterliegen hingegen keine reine Vorbereitungshandlungen, wie etwa Vorstudien des Marktes, oder dem Vergabeverfahren vorgelagerte Entscheidungen. Somit ist die, bloß interne, Entscheidung einen Auftrag vergeben zu wollen nicht anfechtbar. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Entscheidung des Auftraggebers, überhaupt kein Vergabeverfahren nach dem BVergG einzuleiten, sondern eine Leistung direkt („freihändig“) zu vergeben, weil der Auftraggeber der Auffassung ist, er unterliege nicht dem Anwendungsbereich vergaberechtlicher Bestimmungen⁵⁴². Auch dieser „Entschluss“ muss als „Entscheidung“ angefochten werden können.

Bei der **Direktvergabe** stellt *„die Wahl des Vergabeverfahrens“*⁵⁴³ die **einzig gesondert anfechtbare Entscheidung** dar. Insbesondere kann die Zuschlagsentscheidung bei der Direktvergabe nicht angefochten werden. Dies ergibt sich vor allem daraus, da die Direktvergabe in der Regel formlos erfolgt, sodass es keine förmliche Zuschlagsentscheidung gibt⁵⁴⁴. Obwohl die Wahl des Vergabeverfahrens, formell betrachtet, im Vorfeld eines konkreten Vergabeverfahrens stattfindet, ist es aus unions-, und verfassungsrechtlicher Sicht von grundsätzlicher Bedeutung auch die fehlerhafte Wahl eines Vergabeverfahrens bzw die fehlerhafte (Nicht-)Anwendung des BVergG effektiv bekämpfen zu können.

Bleibt die falsche Wahl des Vergabeverfahrens unnagefochten, dann wird diese Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers bestandskräftig. Der weitere Ablauf des Vergabeverfahrens hat sich nach den Bestimmungen der (rechtswidrig) getroffenen Verfahrensart zu richten. Auch der Auftraggeber kann von sich aus in diesem Stadium die Wahl der Verfahrensart nicht mehr ändern⁵⁴⁵. Aufgrund des Systems der Präklusionsfristen kann eine fehlerhafte Wahl des

⁵³⁹ EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00 (Hospital Ingenieure).

⁵⁴⁰ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1968].

⁵⁴¹ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1977].

⁵⁴² BVA 30.11.1998, N-33/98-17.

⁵⁴³ § 2 Z 16 lit nn) BVergG 2006.

⁵⁴⁴ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 295].

⁵⁴⁵ BVA 25.3.2009, N/0008-BVA/12/2009-17.

Vergabeverfahrens insbesondere nicht im Zuge der Prüfung des Zuschlagsentscheidungs aufgegriffen werden. Auch nicht als „Wurzelmangel“ (siehe Seite 121)⁵⁴⁶. Bei allen anderen Verfahren stellt die Wahl des Vergabeverfahrens hingegen keine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Die Direktvergabe stellt demnach diesbezüglich eine Ausnahme dar.

Da **nur** die Wahl der Direktvergabe gesondert anfechtbar ist, ist der **Rechtsschutz** bei der Direktvergabe – speziell im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens – **erheblich eingeschränkt**. Wurde nämlich die Direktvergabe als Vergabeverfahrensart **rechtmäßig gewählt**, so kommt ein Nachprüfungsverfahren diesbezüglich nicht mehr in Betracht. Daraus ergeben sich erhebliche Bedenken hinsichtlich des Rechtsschutzes. Schließlich kann eine Unrechtmäßigkeit auch darin begründet sein, dass zwar die Verfahrensart der Direktvergabe zu Recht gewählt wurde, dem Auftraggeber jedoch **in weiterer Folge Rechtsverstöße unterlaufen**.

Spezialthema: Die Wahl der Direktvergabe als einzig gesondert anfechtbare Entscheidung

Zu denken ist hier unter anderem an die (Direkt-)Vergabe an einen nicht befugten Unternehmer iSd § 41 Abs 4 bzw § 19 Abs 1 BVergG 2006⁵⁴⁷. Zwar gibt das Gesetz keine konkreten Angaben vor, zu welchem Zeitpunkt die Eignung geprüft werden muss, doch ist jedenfalls klar, dass diese spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen muss (siehe Seite 22). Diesbezüglich sagen die Gesetzesmaterialien⁵⁴⁸: „...*unabdingbar ist jedenfalls, dass bei Direktvergaben im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses alle Elemente vorliegen müssen*“. Daraus folgt, dass ein diesbezüglicher Rechtsverstoß noch im Stadium des Nachprüfungsverfahrens erfolgt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes hat jedoch ein übergangener Bieter während eines Direktvergabeverfahrens keinen Rechtsschutz, wenn zwar die Direktvergabe zu Recht gewählt wurde (also wenn der geschätzte Auftragswert die Subschwellenwerte des § 41 Abs 2 BVergG 2006 nicht überschreitet), der Auftraggeber aber einen Vertragsabschluss mit einem nicht geeigneten Konkurrenten beabsichtigt⁵⁴⁹. Eine **Verletzung des § 19 Abs 1 BVergG 2006**, welcher die Grundsätze des Vergabeverfahrens auflistet, kann somit in dieser Konstellation **nicht aufgegriffen werden!**

⁵⁴⁶ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1977].

⁵⁴⁷ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 295].

⁵⁴⁸ EB 1171 BlgNR 22. GP.

⁵⁴⁹ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 295].

Auch Verstöße gegen die Dokumentationspflichten iSd § 41 Abs 3 BVergG 2006 können im Zuge eines Nachprüfungsverfahrens nicht aufgegriffen werden, solange die Wahl des Vergabeverfahrens korrekt erfolgt ist.

Warum können diese Rechtsverstöße nicht bereits im Zuge des Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden? **Für** die bisherige Gesetzeslage spricht der Telos einer Direktvergabe. Die Direktvergabe soll rasch, unkompliziert und ohne großen finanziellen Aufwand erfolgen (siehe Seite 38). Auch die Tatsache, dass eine Direktvergabe selten einem Nachprüfungsverfahren unterzogen wird, spielt eine bedeutende Rolle. Zudem ist die Beendigung des Nachprüfungsverfahrens nicht mit der Beendigung des Rechtsschutzes gleichzusetzen. Nach der Zuschlagserteilung können die übergangenen Bieter ja schließlich noch die Feststellung durch die Vergabekontrollbehörde verlangen, dass „...*die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung...wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz (BVergG), die hierzu ergangene Verordnung oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war*“⁵⁵⁰. Diese Feststellung kann dann wiederum die Grundlage für (unter anderem) einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch darstellen (siehe Seite 141). Das BVA kann schließlich auch gem § 312 Abs 3 Z 6 und 7 BVergG 2006 im Rahmen des Feststellungsverfahrens, unter bestimmten Voraussetzungen, den Vertrag für nichtig erklären (siehe 94). Der Vollständigkeit halber sei hier auch der Rechtsschutz vor den europäischen Institutionen erwähnt (siehe Seite 178).

Gegen diese Einschränkung der Nachprüfungsmöglichkeit auf die Wahl des Vergabeverfahrens sprechen hingegen erhebliche **verfassungs-, und unionsrechtliche Bedenken**. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist vor allem das rechtsstaatliche Prinzip zu erwähnen. Demnach ist für die Ausgestaltung eines Verwaltungsverfahrens ein Mindestmaß an faktischer Effizienz des Rechtsschutzes entscheidend⁵⁵¹. Aus unionsrechtlicher Sicht sind die Mitgliedstaaten gem Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/665/EWG dazu verpflichtet, „...*dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden **wirksam und möglichst rasch** nachgeprüft werden können*“. Es wird daher die Meinung vertreten, dass diese Gesetzeslage den unions-, und verfassungsrechtlichen Vorgaben an einen effektiven Rechtsschutz nur

⁵⁵⁰ § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

⁵⁵¹ Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht (5. Auflage) [Seite 56].

unzureichend Rechnung trägt⁵⁵².

In der Lehre wird diese Rechtslage unter anderem damit gerechtfertigt, dass die Richtlinien der Union im Unterschwellenbereich nicht anzuwenden sind (siehe Seite 17)⁵⁵³. Dieser Argumentation kann zum einem entgegengehalten werden, dass auch Fälle denkbar sind, in welchen eine Direktvergabe zu Unrecht im Oberschwellenbereich erfolgt⁵⁵⁴. Andererseits gilt im Unterschwellenbereich sehr wohl das primärrechtliche Transparenzgebot, sofern eine Binnenmarktrelevanz gegeben ist (siehe Seite 17).

➔ **Analyse der Rechtslage anhand eines Beispiels:** Wie soeben erwähnt, hat der übergangene Bieter nach der Zuschlagserteilung auch noch die Möglichkeit ein Feststellungsverfahren bzw die Nichtigerklärung von Verträgen zu beantragen. Bezüglich der Direktvergabe, hat ein Unternehmer, bei Vorliegen eines Interesses am Vertragsabschluss und eines durch die Rechtswidrigkeit drohenden oder eingetretenen Schadens, die Möglichkeit folgende Feststellungen zu beantragen (siehe Seite 131); Er kann beantragen,

1. dass „*der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde*“⁵⁵⁵;

2. dass „*die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war*“⁵⁵⁶;

3. dass „*die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw 272 BVergG wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig*

⁵⁵² Chojnacka in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006, 298.

⁵⁵³ Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich, Linde-Verlag, Wien 2004 [Rz 109].

⁵⁵⁴ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 295].

⁵⁵⁵ § 331 Abs 1 Z 1 BVergG 2006.

⁵⁵⁶ § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

war“⁵⁵⁷.

Nun gehe ich von folgendem Sachverhalt aus: Ein öffentlicher Auftraggeber wählt zu Recht die Direktvergabe als Vergabeverfahren. Allerdings vergibt er den Auftrag an einen **ungeeigneten** Bieter iSd § 41 Abs 4 BVergG 2006. Ein übergangener Bieter (welchen ich als X bezeichne) erfährt von dieser Rechtswidrigkeit noch vor Vertragsabschluss. Welche Rechtsschutzmöglichkeiten stehen X zur Verfügung?

➔ **Kein erfolgreiches Nachprüfungsverfahren:** Da es sich um keine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 320 Abs 1 iVm § 2 Z 16 lit nn) BVergG 2006 handelt, kann X kein Nachprüfungsverfahren beantragen. Schließlich erfolgte die Wahl des Vergabeverfahrens zu Recht. Diese stellt ja bei der Direktvergabe die einzig gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

➔ **Kein erfolgreiches Feststellungsverfahren:** Nach Vertragsabschluss möchte der übergangene Bieter X ein Feststellungsverfahren einleiten. Auf welchen Tatbestand des § 331 Abs 1 BVergG 2006 soll sich der nach Rechtsschutz suchende Bieter nun stützen?

Zum Tatbestand des § 331 Abs 1 Z 1 BVergG 2006: Tatbestandsvoraussetzung ist, dass nicht der **gemäß den Ausschreibungsunterlagen** beste bzw billigste Bieter den Zuschlag erhalten hat. Einer der – in der Praxis – wichtigsten Vorteile der Direktvergabe ist jedoch, dass der Auftraggeber keine Ausschreibungsunterlagen gestalten muss (siehe Seite 36). Mangels Ausschreibungsunterlagen kann somit eine Tatbestandsvoraussetzung des § 331 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 nicht erfüllt werden. Der Feststellungsantrag kann in unserem Fall daher nicht auf diesen Tatbestand gestützt werden! So auch der UVS Kärnten⁵⁵⁸ zu einer – dem BVergG vergleichbaren – Landesregelung. Der UVS hat damals entschieden, dass nach einer Direktvergabe **nur die fehlerhafte Wahl** der Direktvergabe **festgestellt** werden kann, dass aber eine Feststellung, wonach die Vergabe an einen bestimmten Unternehmer rechtswidrig nicht erfolgt sei, unzulässig ist⁵⁵⁹. Diese Auffassung stützt sich darauf, wonach der Begriff der „Ausschreibung“ formfreie Vergaben nicht umfasst⁵⁶⁰. „Daher ist nach einer Direktvergabe die Feststellung der Fehlerhaften Zuschlagserteilung – weil der Zuschlag entgegen den

⁵⁵⁷ § 331 Abs 1 Z 3 BVergG 2006.

⁵⁵⁸ UVS Kärnten 9.12.2004, KUVS-1260/13/2004.

⁵⁵⁹ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 297].

⁵⁶⁰ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 297].

Angaben in der Ausschreibung nicht dem Best- oder Billigstbieter erteilt wurde – nicht möglich“⁵⁶¹.

Zum Tatbestand des § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006: Die Möglichkeit einer Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb rechtswidrig war, ist von der unionsrechtlichen Rechtsmittelrichtlinie geboten⁵⁶². Dem Feststellungsantrag ist daher stattzugeben, wenn eine gebotene Bekanntmachung der Ausschreibung unterlassen wurde. Erfasst sind vor allem die Fälle der **unzulässigen** Direktvergabe⁵⁶³. In unserem Fall war jedoch die Wahl der Direktvergabe gerade zulässig. Aus diesem Grund kann sich der Feststellungsantrag auch nicht auf den § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 stützen!

Zum Tatbestand des § 331 Abs 1 Z 3 BVergG 2006: Der § 41 Abs 1 BVergG 2006 verweist nicht auf die §§ 131 bzw 272 BVergG 2006. Demnach bedarf es auch keiner **Mitteilung der Zuschlagsentscheidung** iSd Paragraphen. Somit kann sich der übergangene Bieter auch nicht auf diesen Tatbestand berufen!

Es ist daher kein Tatbestand des § 331 Abs 1 BVergG 2006 anwendbar. X wird daher keinen positiven Feststellungsbescheid erlangen können.

➔ **Kein erfolgreicher Nichtigkeitsantrag:** Schließlich kann X versuchen, eine **Nichtigkeitsklärung des Vertrages** gem § 334 Abs 3 BVergG 2006 zu beantragen (siehe Seite 94). Diese Nichtigkeitsklärung des Vertrages erfolgt immer im Anschluss an eine Feststellung gem § 312 Abs 3 Z 3 bis 5 BVergG 2006. Zudem muss die festgestellte Vorgangsweise offenkundig rechtswidrig sein.

Eine Feststellung gem § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 entfällt, da das Vergabeverfahren **nicht** auf rechtswidrige Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde. Die Wahl der Direktvergabe ist ja in unserem Fall zu Recht erfolgt.

Eine Nichtigkeitsklärung auf der Grundlage des § 312 Abs 3 Z 4 BVergG 2006 entfällt ebenfalls, aus dem bereits genannten Grund. Der § 41 BVergG 2006 verweist nicht auf die §§ 131 bzw

⁵⁶¹ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 297].

⁵⁶² Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2096].

⁵⁶³ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2096].

Schließlich kommt auch eine Feststellung gem § 312 Abs 3 Z 5 BVergG 2006 nicht in Betracht, da es sich um keine Rahmenvereinbarung oder ein dynamisches Beschaffungssystem handelt.

➔ **Kein möglicher Schadenersatzanspruch:** Weiters besteht keine Möglichkeit einen **zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch** (siehe Seite 141) geltend zu machen. Grundvoraussetzung für einen solchen Anspruch ist nämlich ein positiver Feststellungsbescheid iSd § 341 Abs 2 BVergG 2006. Dieser Feststellungsbescheid wird X – aus den genannten Gründen – verwehrt bleiben.

➔ **Ergebnis und Analyse:** In unserem Fall komme ich daher zu folgendem **Ergebnis:** X wird keinen Erfolg mit einem Nachprüfungsantrag haben. X wird keinen positiven Feststellungsbescheid erlangen. X kann keine Nichtigerklärung des Vertrages geltend machen. X kann auch keinen zivilrechtlichen Schadenersatz beanspruchen. Nach **nationaler Gesetzeslage hat X daher keine Möglichkeit die Vergabe an den ungeeigneten Unternehmer zu bekämpfen!**

Dieses Ergebnis kann meiner Meinung nicht akzeptiert werden. Die Lösung dieser Problematik liegt wohl darin, den Begriff der „**Ausschreibung**“ **sehr weit auszulegen**⁵⁶⁴. Die Legaldefinition der „*Ausschreibung*“ findet man im § 2 Z 10 BVergG 2006⁵⁶⁵. Legt man diesen Begriff nun weit aus, so sind damit sämtliche Festlegungen des Auftraggebers umfasst, in denen dieser gegenüber den Unternehmern die gewünschte Leistung festlegt⁵⁶⁶. Vergibt der Auftraggeber eine Leistung, so legt er impliziert „in der Ausschreibung“ fest, dass nur geeignete Unternehmer den Zuschlag erhalten können. Folgt man dieser Auslegung, so ist die Vergabekontrollbehörde auch zuständig, wenn die Wahl der Direktvergabe zwar rechtmäßig erfolgt ist, weitere Fehler – wie etwa die Vergabe an einen ungeeigneten Unternehmer – zum **Anlass der Feststellung** zu machen, dass der **Zuschlag rechtswidrig** erteilt wurde. Der § 331 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 würde demnach als **Generalklausel** für sonstige Rechtswidrigkeiten

⁵⁶⁴ so auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 299].

⁵⁶⁵ „Ausschreibung ist die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, Ausschreibungs-, Wettbewerbs-, und Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog)“.

⁵⁶⁶ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 299].

im Bereich der Direktvergabe angewendet werden. Um dem Prinzip eines effektiven Rechtsschutzes gerecht zu werden, müsste die Vergabekontrollbehörde daher einen Feststellungsbescheid auf der Grundlage des § 331 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 erlassen. Auf der Grundlage dieses Feststellungsbescheides kann X dann wiederum einen zivilrechtlichen Schadenersatz vor den ordentlichen Gerichten beanspruchen.

Im **Ergebnis** ist die derzeitige Gesetzeslage – wonach nur die Wahl der Direktvergabe eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt – als sehr problematisch zu beurteilen. Wie im Beispiel geschildert, sind Sachverhaltskonstellationen denkbar, in welchen der übergangene Bieter keine Chance auf einen effektiven Rechtsschutz hat. Da dies aus verfassungs-, und unionsrechtlichen Gründen nicht toleriert werden kann, sind **drei Lösungsansätze** denkbar: a) Der Rechtsschutz wird in diesen Fällen auf das unmittelbare Unionsrecht gestützt (siehe Seite 103), b) Der Begriff der „*Ausschreibung*“ wird weit ausgelegt um so einen positiven Feststellungsbescheid gem § 331 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 zu ermöglichen (siehe Seite 128), c) Der Gesetzgeber novelliert die derzeitige Gesetzeslage und sieht eine „umfassendere“ Anfechtungsmöglichkeit bereits auf der Ebene des Nachprüfungsverfahrens vor.

Kapitel 4.5: Das Provisorialverfahren bei der Direktvergabe

Einem Nachprüfungsantrag kommt keine aufschiebende Wirkung zu⁵⁶⁷. Daher ist der Auftraggeber durch die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens grundsätzlich nicht daran gehindert das Vergabeverfahren fortzusetzen. Um einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, ist es demnach notwendig, dass der Rechtsschutzsuchende einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stellt. Dieser Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat dann nämlich sehr wohl eine aufschiebende Wirkung (siehe Seite 95).

Für die Direktvergabe kommt der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welchem die Untersagung der Erteilung des Zuschlags begehrt wird gem § 328 Abs 5 BVergG 2006, in Betracht. Mit einer einstweiligen Verfügung können vom BVA nur solche vorläufigen Maßnahmen angeordnet werden, welche notwendig und geeignet sind, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer **gesondert anfechtbaren Entscheidung**

⁵⁶⁷ § 320 Abs 3 BVergG 2006.

entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragsteller zu beseitigen oder zu verhindern⁵⁶⁸. Damit kann bei der Direktvergabe ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann gestellt werden, wenn die Wahl der Verfahrensart zu Unrecht erfolgt ist⁵⁶⁹. Bei anderen Rechtswidrigkeiten – wie etwa bei der Vergabe an einen ungeeigneten Bieter iSd § 41 Abs 4 BVergG 2006 – besteht diese Möglichkeit hingegen nicht (siehe Seite 125)!

Diese Einschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes – auf gesondert anfechtbare Entscheidungen – ist aus unionsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch. Schließlich spricht der Art 2 Abs 2 lit a der Rechtsmittelrichtlinie davon, dass **bei jeder Entscheidung** des Auftraggebers „so schnell wie möglich“ ein entsprechend wirksamer einstweiliger Rechtsschutz gewährleistet werden muss⁵⁷⁰.

Ist noch kein Nachprüfungsantrag gestellt worden, so ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann zulässig, wenn er vor Ablauf der in § 321 BVergG 2006 geregelten Fristen eingebracht wird⁵⁷¹. Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kann bei der Direktvergabe demnach nur binnen sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können, gestellt werden (siehe Seite 120).

Grundsätzlich ist zu sagen, dass aufgrund der Tatsache, dass der übergangene Bieter selten Kenntnis von der unzulässigen Wahl der Direktvergabe erlangen wird, das **Provisorialverfahren bei der Direktvergabe in der Praxis von geringer Bedeutung** ist.

⁵⁶⁸ § 328 Abs 1 BVergG 2006.

⁵⁶⁹ § 2 Z 16 lit nn) BVergG 2006.

⁵⁷⁰ *Madl in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2059].

⁵⁷¹ § 328 Abs 3 BVergG 2006.

Kapitel 4.6: Das Feststellungsverfahren bei der Direktvergabe

Nach der „Zuschlagserteilung“ besteht für den übergangenen Bieter nur noch die Möglichkeit eines Feststellungsverfahrens (siehe Seite 97). Ein positiver **Feststellungsbescheid** ist Voraussetzung für die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche⁵⁷² sowie für die Nichtigerklärung von Verträgen⁵⁷³. Zu den für die Direktvergabe in Betracht kommenden Feststellungstatbeständen siehe Seite 125. Zur weiten Auslegung der „Ausschreibung“ iSd § 312 Abs 3 Z 1 BVergG 2006 siehe Seite 128.

Praktisch sehr wichtig ist der Feststellungstatbestand gem § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006, wonach ein Vergabeverfahren **rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung** durchgeführt wurde. Dieser Tatbestand war aufgrund der europarechtlichen Vorgaben des Art 2 d Abs 1 lit a RMRL umzusetzen. Geschützt wird die Transparenz des Vergabeverfahrens. Dem Antrag auf Nichtigerklärung des Vergabeverfahrens ist stattzugeben, wenn der Auftraggeber eine gebotene Bekanntmachung der Ausschreibung unterlassen hat. Hat demnach der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag mit einem geschätzten Auftragswert oberhalb der Subschwellenwertgrenze des § 41 Abs 2 BVergG 2006 direkt vergeben, so kann sich ein übergangener Bieter auf den § 312 Abs 3 Z 3 BVergG 2006 stützen, da eine Bekanntmachung rechtswidrigerweise unterlassen wurde. Durch seine allgemeine Formulierung bleiben dem Antragsteller genauere Begründungen erspart⁵⁷⁴. Der Bieter muss lediglich darlegen, dass eine vorherige Bekanntmachung erforderlich gewesen wäre.

Gem § 331 Abs 1 BVergG 2006 ist ein Unternehmer zur Stellung eines Feststellungsantrages nur dann legitimiert, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein **Schaden** entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach der Judikatur des VwGH liegt ein, zur Zulässigkeit eines Feststellungsantrages im Zusammenhang mit der Direktvergabe führender eingetretener Schaden, bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragsteller beeinträchtigt wurde, am Vergabeverfahren teilzunehmen und er im Rahmen dieser Teilnahme in der Lage gewesen wäre, ein für den Zuschlag in Betracht kommendes Angebot zu legen⁵⁷⁵. Der Begriff „Schaden“ umfasst demnach, neben den bereits eingetretenen finanziellen Schäden, auch den entgangenen Gewinn. Liegen allerdings von vornherein

⁵⁷² § 341 Abs 2 BVergG 2006.

⁵⁷³ § 334 Abs 2 und Abs 3 BVergG 2006.

⁵⁷⁴ *Reisner in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2096].

⁵⁷⁵ VwGH 24.2.2010, 2009/04/0209.

Anhaltspunkte vor, wonach der Antragsteller nicht in der Lage gewesen wäre, bei der Ausschreibung der gegenständlichen Leistung, ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen, so wäre der Feststellungsantrag mangels „Schadens“ abzuweisen.

➔ **Fristverkürzung durch freiwillige Bekanntmachung der Zuschlagserteilung:** Der Feststellungsantrag ist fristgebunden (siehe Seite 98). Gem § 332 Abs 3 BVergG 2006 sind Anträge auf Feststellung, dass rechtswidrigerweise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde, binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen⁵⁷⁶. Diese sechs monatige Frist ist eine absolute Frist. Der Auftraggeber kann diese Frist aber auch **verkürzen** (siehe Seite 82) indem er freiwillig den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern die Zuschlagserteilung bekannt gibt oder nach **Durchführung eines „bekanntmachungslosen“ Vergabeverfahrens** (§ 332 Abs 3 Z 1 iVm § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006) die Zuschlagserteilung der Kommission (Oberschwellenbereich) bzw der „Öffentlichkeit“ (Unterschwellenbereich) bekannt gibt (§§ 54 Abs 6, 55 Abs 6 BVergG 2006)⁵⁷⁷. Diese zwei Ausnahmen beruhen auf den unionsrechtlichen Vorgaben des Art 2 f Abs 1 lit b RMRL⁵⁷⁸. Dieses Vorgehen hat eine **Fristverkürzung der sechs monatigen Anfechtungsfrist auf 30 Tage** zur Folge. Diese 30 Tage-Frist läuft ab dem Tage der Absendung der Mitteilung gem § 132 Abs 2 BVergG 2006 gegenüber im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern bzw ab dem Tag der Verfügbarkeit der Bekanntmachung gem §§ 54 Abs 6, 55 Abs 6 BVergG 2006 gegenüber den nicht im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern. Das Gesetz sieht die Verkürzung der Antragsfrist auf 30 Tage unter anderem dann vor, wenn bei Anträgen gem § 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 der Auftraggeber die Zuschlagserteilung bekannt macht, wobei der Antragsteller kein im Vergabeverfahren verbliebener Bieter sein darf. Somit ist die Fristverkürzung nur in jenen Fällen möglich, in welchen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb geführt hat. In jenen Fällen in welchen der Auftraggeber **keine Zuschlagsentscheidung** bekannt gegeben hat, kann die Anfechtungsfrist nicht durch ein Bekanntmachung verkürzt werden⁵⁷⁹.

Ein Feststellungsantrag, dass ein Vergabeverfahren rechtswidrig ohne Bekanntmachung

⁵⁷⁶ Die Zuschlagserteilung stellt bei der Direktvergabe idR der Vertragsabschluss dar.

⁵⁷⁷ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 4].

⁵⁷⁸ EBRV 327 BlgNR XXIV. GP 35.

⁵⁷⁹ Reisner in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2111].

durchgeführt wurde, ist außerdem unzulässig, wenn die Zuschlagsentscheidung vom Auftraggeber freiwillig bekannt gemacht wurde und der Zuschlag nicht innerhalb der **Stillhaltefrist von zehn Tagen** nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist⁵⁸⁰.

Im Unterschwellenbereich muss die freiwillige Bekanntmachung der Zuschlagserteilung einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit gewährleisten⁵⁸¹. Die Mindestinhalte einer solchen freiwilligen Bekanntmachung sind Name und Anschrift des Auftraggebers und des erfolgreichen Bieters, eine Beschreibung des Auftragsgegenstandes, der Auftragswert und die maßgeblichen Gründe für die Durchführung des Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung⁵⁸².

In der Regel gibt der Auftraggeber bei einer Direktvergabe seine Zuschlagserteilung nicht bekannt. Allerdings ist ihm diese Vorgehensweise zu **empfehlen** da sie die Möglichkeit bietet, im Wege einer Fristverkürzung eine schnellere Bestandsfestigkeit des Vertrages zu erreichen⁵⁸³.

Kapitel 4.7: Die Verfahrenskosten bei der Direktvergabe

Das BVergG sieht für die Inanspruchnahme des BVA die Entrichtung einer **Pauschalgebühr** vor⁵⁸⁴. Im Unterschied zu den im Gerichtsgebührengesetz geregelten Pauschalgebühren für Zivilprozesse vor den ordentlichen Gerichten, welche sich nach der Höhe des Streitwertes errechnen, richtet sich die Höhe der Pauschalgebühr in Verfahren vor dem BVA nach festen Sätzen⁵⁸⁵. Die Höhe der Sätze wird in einer von der Bundesregierung zu erlassenden Verordnung geregelt⁵⁸⁶. Der Verordnungsgeber hat die Pauschalgebühr jährlich, unter Berücksichtigung des Verbraucherpreisindex neu zu berechnen und kundzumachen⁵⁸⁷. Die Gebührensätze sind entsprechend dem Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes zu dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen festzusetzen und

⁵⁸⁰ § 332 Abs 7 BVergG 2006.

⁵⁸¹ § 55 Abs 2 erster Satz BVergG 2006.

⁵⁸² § 55 Abs 5 letzter Satz BVergG 2006.

⁵⁸³ *Reisner in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2111].

⁵⁸⁴ §§ 318 ff BVergG 2006.

⁵⁸⁵ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1856].

⁵⁸⁶ Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung.

⁵⁸⁷ § 318 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.

nach objektiven Kriterien abzustufen⁵⁸⁸. Die Höhe richtet sich somit nach der Verfahrensart und danach, ob es sich um eine Beschaffung im Ober-, oder Unterschwellenbereich handelt⁵⁸⁹. Die Pauschalgebühr soll demnach den geschätzten Aufwand der Geschäftsbehandlung beim BVA abdecken.

Die Pauschalgebühr schafft eine gewisse **Rechtsschutzbarriere**, um mutwillige oder vollkommen aussichtslose Rechtsschutzanträge zu verhindern⁵⁹⁰. Aus rechtsstaatlicher Sicht darf die Pauschalgebühr allerdings auch nicht zu hoch angesetzt werden. Die Gebühren dürfen die faktische Effektivität des Rechtsschutzes nicht beeinträchtigen. So hat der VfGH in den vergangenen Jahren zahlreiche Regelungen im Bereich der Gebühren als verfassungs-, oder gesetzwidrig aufgehoben⁵⁹¹.

Bieter-, und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten⁵⁹². Die Nicht-Zahlung der Pauschalgebühr stellt einen verbesserungsfähigen Mangel im Sinne des § 13 Abs 3 AVG dar⁵⁹³. Die volle Pauschalgebühr fällt auch dann an, wenn der Antrag als unzulässig zurückgewiesen wird.

Gem der aktuellen **Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung** beträgt der Gebührensatz für die Inanspruchnahme des BVA aufgrund einer **Direktvergabe** derzeit **EUR 219,-**⁵⁹⁴.

Änderung durch die neue Gebührenverordnung 2012: Aufgrund der BVergG-Novelle 2012 ist eine Überarbeitung der bisherigen Gebührensätze notwendig. Für die Direktvergabe gilt zukünftig ein einheitlicher Gebührensatz von **EUR 350,-**. Damit wird der Erhöhung des Schwellenwertes auf EUR 50.000,- bzw EUR 75.000,- (Sektorenbereich) durch die BVergG-Novelle 2012 Rechnung getragen⁵⁹⁵.

Für das Nachprüfungs-, und Feststellungsverfahren sowie bei Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind **jeweils Pauschalgebühren** zu entrichten. Für Anträge auf

⁵⁸⁸ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1856].

⁵⁸⁹ Katharina Trettnak-Hahn, Vergaberecht in Raschauer, Wirtschaftsrecht (3. Auflage) (2010) [Rz 783].

⁵⁹⁰ Rosenkranz, Gebühren in Nachprüfungsverfahren – Teil 1, ZVB 2008/22, 70 mwN.

⁵⁹¹ vgl etwa VfGH 3.3.2006, G 91/05, V 69/05; VfGH 4.3.2006, G 154/05, V 118/05; VfGH 19.6.2006, V 8/06.

⁵⁹² § 318 Abs 1 Z 1 BVergG 2006.

⁵⁹³ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1874].

⁵⁹⁴ Stand: Februar 2012. Heid/Schiefer/Fink, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2.

⁵⁹⁵ Vorblatt zur Gebührenverordnung 2012.

Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind nur halbe Gebühren zu leisten⁵⁹⁶.

Der Antragsteller hat einen **Anspruch auf Ersatz** der von ihm entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber, wenn er vor dem BVA auch nur teilweise obsiegt⁵⁹⁷. Das Ausmaß des Ersatzes der Gebühren richtet sich nicht nach dem Ausmaß des Erfolgs im Verfahren, sondern auch bei einem **teilweise Obsiegen** des Antragstellers findet voller Ersatz der Gebühren statt⁵⁹⁸. Was allerdings unter einem „teilweise Obsiegen“ zu verstehen ist, lässt das BVergG offen. Einen Anspruch auf Ersatz der von ihm entrichteten Gebühren hat der Antragsteller auch dann, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird⁵⁹⁹. Dieser Anspruch besteht auch bei einer nur teilweisen Klaglosstellung⁶⁰⁰.

Neben den Pauschalgebühren entstehen dem Antragsteller zumeist auch **Anwaltskosten**. Dabei ist zu beachten, dass die Kosten für den Anwalt nicht vom geschätzten Auftragswert des öffentlichen Auftrages abhängen. Im Vergabeverfahren besteht zwar grundsätzlich kein Anwaltszwang, doch ist es aufgrund der hohen Komplexität dieser Rechtsmaterie oft notwendig, professionelle Hilfe zu beanspruchen. Die Anwaltskosten, sowie andere Kosten als jene der Pauschalgebühren im Verfahren vor dem BVA, können **nicht zugesprochen** werden⁶⁰¹. Es gilt somit das Prinzip der Kostenselbsttragung⁶⁰².

Der OGH judizierte dazu lange Zeit, dass der Ersatz von Kosten des Verwaltungsverfahrens auch im Zivilrechtsweg nicht begeht werden kann⁶⁰³. Jedoch hat der OGH in einer zu § 14 Abs 1 TVergG 1994 ergangenen Entscheidung die Kosten der Vertretung im **Nachprüfungsverfahren** vor dem (ehemaligen) Tiroler Landesvergabeamt als **Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren** zugesprochen⁶⁰⁴. Diese „Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren“⁶⁰⁵ können unter bestimmten Voraussetzungen vor den Zivilgerichten als „Vertrauensschäden“ zurück gefordert werden (siehe Seite 145). In zwei weiteren

⁵⁹⁶ § 318 Abs 1 Z 4 BVergG 2006.

⁵⁹⁷ § 319 Abs 1 BVergG 2006.

⁵⁹⁸ Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 319 Rz 10; VwGH 26.11.2010, 2008/04/0023.

⁵⁹⁹ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1879].

⁶⁰⁰ VwGH 26.11.2010, 2008/04/0023.

⁶⁰¹ Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 319 [Rz 5].

⁶⁰² § 74 Abs 1 AVG.

⁶⁰³ RIS-Justiz RS0022786. Siehe etwa OGH 13.7.1994, 3 Ob 551/94.

⁶⁰⁴ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1888].

⁶⁰⁵ § 338 Abs 1 BVergG 2006.

Entscheidungen hat der OGH den Ersatz der Kosten, im Zusammenhang mit Nichtigerklärungsverfahren vor den jeweiligen Vergabekontrollbehörden, aus dem Titel des Schadenersatzes zugesprochen⁶⁰⁶. *„Der Geltendmachung derartiger Kosten als materiell-rechtliche Schadenersatzforderung stehe nicht entgegen, dass das Ergebnis der die Kosten verursachenden Maßnahmen gegebenenfalls auch eine spätere Prozessführung fördern könnte, wenn evident sei, dass die Maßnahmen in erster Linie einen anderen Zweck verfolgten als die Vorbereitung eines gerichtlichen Verfahrens“*⁶⁰⁷. Nach der Meinung des OGH gehören zu diesen Kosten auch jene Kosten, welche im Zusammenhang mit einem auf Nichterklärung einer vergaberechtlichen Ausschreibung gerichteten Verfahren entstehen⁶⁰⁸. *„Die **Kosten anwaltlicher Vertretung in einem Nachprüfungsverfahren** und dem damit zusammenhängenden Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung können somit **mittels selbstständiger Klage** bei den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden, da sie gerade nicht zur Vorbereitung der nachfolgenden Prozessführung dienen, sondern zu deren Vermeidung“*⁶⁰⁹.

Die Kosten eines **Feststellungsverfahrens** dienen hingegen der Vorbereitung der nachfolgenden Prozessführung und unterliegen somit den Kostenersatzregeln des §§ 40 ff ZPO⁶¹⁰. Ein Ersatz aus dem Titel des Schadenersatzes ist demnach diesbezüglich nicht möglich.

Schließlich erwachsen dem Rechtsschutzsuchenden neben den Pauschalgebühren und Anwaltskosten auch noch **Barauslagen**. Diese Barauslagen sind vor allem die Gebühren eines Sachverständigen oder Dolmetschers nach dem Gebührenanspruchsgesetz, aber auch die Kosten einer allfälligen postamtlichen Nachforschung⁶¹¹. Die Kosten eines nichtamtlichen Sachverständigen können jedoch nur dann auf eine Partei übergewälzt werden, wenn die Einholung des Gutachtens nach der Verfahrenslage tatsächlich notwendig war⁶¹². Die Gebühren für den Dolmetsch oder Sachverständigen werden zunächst vom BVA getragen. Gem § 76 Abs 1 AVG hat für Barauslagen, welche der Behörde bei einer Amtshandlung

⁶⁰⁶ OGH 10.5.2005, 1 Ob 85/05i; OGH 14.9.2006, 6 Ob 85/06b.

⁶⁰⁷ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1888].

⁶⁰⁸ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1888].

⁶⁰⁹ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1888]; vgl ebenfalls Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 319 [Rz 5].

⁶¹⁰ Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 319 Rz 5. OGH 16.6.2004, 7 Ob 112/04b.

⁶¹¹ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1889].

⁶¹² VwGH 27.6.2002, 2002/07/0055; VwGH 22.1.2003, 2002/04/0203.

erwachsen, jene Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese Auslagen von Amts wegen zu tragen sind⁶¹³. Daher muss grundsätzlich der Antragsteller für die Barauslagen vor dem BVA aufkommen, weil er derjenige ist welcher den verfahrenseinleitenden Antrag stellt und damit beim BVA um eine Amtshandlung ansucht. Wurde jedoch eine Amtshandlung durch das **Verschulden eines anderen Beteiligten** verursacht, so sind die Auslagen von diesem zu tragen⁶¹⁴. Bei dieser Beurteilung ist vom Verschuldensbegriff des § 1294 ABGB auszugehen. Hat demnach ein Auftraggeber schuldhaft und rechtswidrigerweise einen Auftrag direkt vergeben, so muss dieser mM gem § 76 Abs 2 AVG die Kosten für die dadurch entstandenen Barauslagen tragen. Nicht verschuldet – und damit auch nicht vom Auftraggeber zu tragen – sind Barauslagen hingegen dann, falls der Sachverständige die angefochtene Entscheidung bestätigt und den Anträgen durch das BVA keine Folge gegeben wird⁶¹⁵.

Spezialthema: Das problematische Verhältnis bei der Direktvergabe: Hohe Prozesskosten – Geringer Auftragswert

Die Verfahrenskosten spielen für den Rechtsschutz in der Praxis eine erhebliche Rolle. *Dullinger* meint, dass die Kosten bei einem Vergabeverfahren exklusive Anwaltskosten und Barauslagen jedenfalls EUR 25.000,- betragen. Rechnet man hingegen die Anwaltskosten bzw Barauslagen hinzu, so schätzt er diesen Betrag auf EUR 30.000,- ein. Da die Direktvergabe idR unterhalb der EUR 100.000,- Grenze erfolgt, ist die Problematik dieses Verhältnisses relativ deutlich. Einem hohen Aufwand steht ein – nur potenzieller – geringer Ertrag entgegen. Noch augenscheinlicher ist dieses Problem wenn man von der bisherigen EUR 40.000,- Subschwellenwertgrenze ausgeht. Vor allem bei der Direktvergabe wird daher ein übergangener Bieter oft von seinen Rechtsschutzmöglichkeiten absehen. Wieso sollte sich ein Bieter auf ein teures Verfahren einlassen, wenn selbst im Falle des Obsiegens nur wenig zu gewinnen ist? In der Praxis spielen daher, für die Inanspruchnahme des Rechtsschutzes bei der Direktvergabe, zumeist andere als finanzielle Faktoren – wie beispielsweise die Prestige – eine wichtige Rolle.

➔ An dieser Stelle möchte ich auch noch einen anderen Faktor erwähnen, welcher in der

⁶¹³ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 1890].

⁶¹⁴ § 76 Abs 2 AVG.

⁶¹⁵ BVA 7.1.2008, N/0079-BVA/15/2007-80; BVA 22.2.2008, N/0026-BVA/03/2007-72; BVA 25.2.2008, N/0089-BVA/11/2007-38.

Praxis oft dazu führt, dass auf eine (erfolgsversprechende) Anfechtung verzichtet wird. Nach dem Motto: „**Beiß nicht die Hand die dich füttert**“, wird sich ein übergangener Bieter oft zweimal überlegen ob es klug ist, seinen potenziellen zukünftigen Auftraggeber mit einer Klage unter Druck zu setzen. Vor allem im Bereich der Direktvergabe – in welchem verhältnismäßig weniger Geld im Spiel ist – wird die Antwort oftmals zugunsten des rechtswidrig handelnden öffentlichen Auftraggebers und zulasten eines effektiven Rechtsschutzsystems lauten.

Kapitel 4.8: Rechtsschutz vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes

Das BVA ist eine letztinstanzliche Verwaltungsbehörde (siehe Seite 87). Daher hat der **Verwaltungsgerichtshof** gem Art 130 Abs 1 B-VG über Beschwerden zu erkennen, mit denen die Rechtswidrigkeit eines Bescheides oder die Verletzung der Entscheidungspflicht des BVA behauptet wird. Die Beschwerde beim VwGH ist darauf gerichtet, dass der Beschwerdeführer in einem einfachgesetzlichen Recht verletzt wurde. Die Frist zur Erhebung der Beschwerde gegen einen Bescheid des BVA beträgt sechs Wochen. In § 341 Abs 4 BVergG ist gem Art 131 Abs 2 B-VG vorgesehen, dass auch das zur Entscheidung über den Schadenersatzanspruch zuständige ordentliche Zivilgericht, eine Amtsbeschwerde an den VwGH erheben kann. Auch gegen die Bescheide der Vergabebehörden der Länder (VKS Wien⁶¹⁶, VKS Salzburg⁶¹⁷ sowie der unabhängigen Verwaltungssenate) kann eine Beschwerde an den VwGH eingebracht werden.

Zudem ist der Verwaltungsgerichtshof zuständig für Säumnisbeschwerden gem Art 132 B-VG. Entscheidet das BVA nicht innerhalb der Entscheidungsfrist von sechs Monaten, kann derjenige, der im Vergabekontrollverfahren als Partei zur Geltendmachung der Entscheidungspflicht des BVA eingetreten ist, den Verwaltungsgerichtshof anrufen⁶¹⁸.

Die Parteien können einen Bescheid der Vergabekontrollbehörden (BVA, VKS und UVS der Länder) auch mit einer Beschwerde an den **Verfassungsgerichtshof** gem Art 144 Abs 1 B-VG anfechten. Der Verfassungsgerichtshof wird dann angerufen, wenn sich der Beschwerdeführer in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht⁶¹⁹ verletzt sieht.

⁶¹⁶ Art 133 Z 4 B-VG iVm § 2 Abs 4 WVRG .

⁶¹⁷ Art 133 Z 4 B-VG iVm § 2 Abs 2 S.VKG.

⁶¹⁸ *Reisner in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2131].

⁶¹⁹ Für die Direktvergabe kommt diesbezüglich vor allem das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums (Art 5

Der Bieter hat auch die Möglichkeit Beschwerden parallel sowohl an den VwGH als auch an den VfGH zu richten.

Kapitel 4.9: Kontrolle durch den Rechnungshof

Geht es nach Vergaberechtsexpertin *Martina Harrer*⁶²⁰, so fürchten sich öffentliche Auftraggeber bei unzulässigen Direktvergaben weniger vor zivilrechtlichen (siehe Seite 141) oder strafrechtlichen (siehe Seite 171) Konsequenzen, als vielmehr vor der Kontrolle durch den **Rechnungshof**. Die Wahrscheinlichkeit einer Sanktionierung (siehe Seite 176) durch den Rechnungshof ist nämlich höher einzustufen als im Vergleich dazu eine Bestrafung durch ein Zivil-, bzw Strafgericht.

Gem Art 121 Abs 1 B-VG ist der Rechnungshof, „*Zur Überprüfung der Gebarung des Bundes, der Länder, der Gemeindeverbände, der Gemeinden und anderer durch Gesetz bestimmter Rechtsträger...berufen*“. Der Rechnungshof ist zur Ausübung dieser Kompetenz nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet. Er bestimmt dabei grundsätzlich selbst, in welchen Zeitabschnitten er die Prüfung der Gebarung der einzelnen Rechtsträger und Organe vornimmt⁶²¹. Die Überprüfung hat sich auf die **ziffernmäßige Richtigkeit**, die **Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften** und ferner auf die **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** der Gebarung zu erstrecken.

Sollten diese Überprüfungen keine nachvollziehbaren Ergebnisse erbringen, so kann dies in der Folge dazu führen, dass sich die Staatsanwaltschaft einbringt. Als Beispiel kann hier die „Skylink-Affäre“⁶²² genannt werden. Hier hat sich Anfang des Jahres 2011 die Staatsanwaltschaft, als Folge eines bedenklichen Berichtes des Rechnungshofes, eingeschaltet. Laut Bericht des Rechnungshofes hat die Flughafen Wien AG hier gegen viele interne und externe Vergaberichtlinien verstoßen sowie auch gegen das Vergabegesetz selbst. Kritisiert wird dabei vor allem eine „Häufung von unzulässigen Direktvergaben“ mit einem Volumen von EUR 103,6,- Mio.

StGG; Art 1 1 ZPEMRK) sowie das Recht auf Gleichheit (Art 7 B-VG; Art 2 StGG) in Betracht.

⁶²⁰ RA Mag. *Martina Harrer* ist Vergaberechtsexpertin bei der Dullinger-Schneider Rechtsanwälte GmbH.

⁶²¹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage [Rz 335].

⁶²² <http://www.wirtschaftsblatt.at/archiv/bei-skylink-affaere-stehen-noch-zahlreiche-einvernahmen-bevor-457086/index.do> (01.02.2011).

Der Rechnungshof verfasst den Bundesrechnungsabschluss und legt diesen dem Nationalrat vor⁶²³. Der Rechnungshof untersteht unmittelbar dem Nationalrat. Er ist in Angelegenheiten der Bundesgebarung und der Gebarung der gesetzlichen beruflichen Vertretungen, soweit sie in die Vollziehung des Bundes fallen, als Organ des Nationalrates tätig. In Angelegenheiten der Länder-, Gemeindeverbände-, und Gemeindegebarung sowie der Gebarung der gesetzlichen beruflichen Vertretungen, soweit sie in die Vollziehung der Länder fallen, als Organ des betreffenden Landtages⁶²⁴. Er ist von der Bundesregierung und den Landesregierungen unabhängig und nur den Bestimmungen des Gesetzes unterworfen⁶²⁵. Der Rechnungshof besteht aus einem Präsidenten und den erforderlichen Beamten und Hilfskräften⁶²⁶.

Der Rechnungshof hat die in den selbständigen Wirkungsbereich der **Länder** fallende Gebarung sowie die Gebarung von Stiftungen, Fonds und Anstalten zu überprüfen, die von Organen eines Landes oder von Personen (Personengemeinschaften) verwaltet werden, die hierzu von Organen eines Landes bestellt sind. Die Landesregierungen haben alljährlich die Voranschläge und Rechnungsabschlüsse dem Rechnungshof zu übermitteln⁶²⁷. Der Rechnungshof besitzt dabei kein Monopol der Gebarungskontrolle⁶²⁸. Vielmehr können die Länder ähnliche Kontrollinstitutionen zur Überprüfung der Gebarung des Landes, der Gemeinden, sowie der von diesen abhängigen Institutionen und Unternehmungen, einrichten⁶²⁹. Die Zuständigkeit des Rechnungshofes wird durch die Errichtung solcher Landesinstitutionen allerdings nicht eingeschränkt⁶³⁰.

⁶²³ Art 121 Abs 2 B-VG.

⁶²⁴ Art 122 Abs 1 B-VG.

⁶²⁵ Art 122 Abs 2 B-VG.

⁶²⁶ Art 122 Abs 3 B-VG.

⁶²⁷ Art 127 Abs 2 B-VG.

⁶²⁸ *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage [Rz 339].

⁶²⁹ Art 127c B-VG.

⁶³⁰ *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 8. Auflage [Rz 339].

Kapitel 4.10: Rechtsschutz vor den ordentlichen Zivilgerichten

➔ **Sekundärrechtsschutz im Vergaberecht:** Bisher habe ich mich mit dem verwaltungsbehördlichen Präventivschutz beschäftigt, welcher auch als **Primärrechtsschutz** bezeichnet wird. Nun möchte ich zum **Sekundärrechtsschutz**⁶³¹ übergehen. Während der Primärrechtsschutz bis zur Zuschlagserteilung besteht, findet der Sekundärrechtsschutz erst nach dieser statt. Diese Teilung des Rechtsschutzes gilt auch für den Unterschwellenbereich.

Der Sekundärrechtsschutz umfasst den Anspruch auf **Schadenersatz**, der nach Zuschlagserteilung vom übergangenen Bewerber, Bieter oder Bestbieter vor den **Zivilgerichten** geltend gemacht werden kann. Das Gebot, Schadenersatz für den durch einen Vergaberechtsverstoß Geschädigten vorzusehen, ist unionsrechtlich durch die Rechtsmittelrichtlinien⁶³² vorgesehen. Die gesetzliche Grundlage für Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz findet man im § 338 BVergG 2006⁶³³.

Der Rechtsschutz vor den Zivilgerichten ist nur **subsidiär**. Daher ist Prozess-, und Zulässigkeitsvoraussetzung für den Schadenersatz, dass die Vergabekontrollbehörde zuvor einen Vergaberechtsverstoß festgestellt hat⁶³⁴. Voraussetzung für das Feststellungsverfahren ist wiederum, dass der behauptete Verstoß nicht im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens

⁶³¹ Diese Terminologie darf nicht mit den Begriffen des Unionsrechts (Primärrecht und Sekundärrecht) verwechselt werden.

⁶³² Art 2 Abs 1 lit c) der RL 89/665/EWG: „...denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann“.

⁶³³

§ 338 BVergG

(1) Bei schuldhafter Verletzung dieses Bundesgesetzes oder der auf Grund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen durch Organe des Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle hat ein übergangener Bewerber, Bieter oder Bestbieter gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der Organe der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren. Weiter gehende, jedoch nur alternativ zustehende Schadenersatzansprüche des übergangenen Bestbieters nach anderen Rechtsvorschriften werden davon nicht berührt.

(2) Kein Anspruch nach Abs. 1 besteht, wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte oder wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können.

(3) Der Ersatz leistende Auftraggeber kann gegen den begünstigten Bieter Rückgriff nehmen, wenn die Rechtsverletzung eine gerichtlich strafbare Handlung darstellt und sich der Begünstigte oder Personen, deren er sich bei der Teilnahme am Vergabeverfahren bedient hat, daran im Sinne des § 12 StGB beteiligt haben. Diese Person haftet mit dem Schuld tragenden Organ des Auftraggebers solidarisch, soweit dieses nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, BGBl. Nr. 80/1965, haftet.

⁶³⁴ § 341 Abs 2 BVergG 2006.

hätte geltend gemacht werden können⁶³⁵. Man spricht daher auch von einem vergaberechtlichen Sonderschadenersatzrecht⁶³⁶. Der präventive Rechtsschutz durch die Vergabebehörden wird somit vorgezogen. Nur wenn diese Form des Rechtsschutzes nicht mehr möglich ist, soll der sekundäre Rechtsschutz durch die Zivilgerichte zur Anwendung kommen. Diese Konstellation lässt sich zum einen darauf zurück führen, dass selbst ein rechtswidrig zustande gekommener Vertrag eine Bindungswirkung entfaltet. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es daher freilich günstiger, diesen Vertrag bereits vor seiner Rechtskraftentfaltung zu bekämpfen. Zum anderen sollen sich zunächst die Vergaberechtsbehörden mit dem jeweiligen Problem befassen. Zivilgerichte haben regelmäßig weniger Ahnung von diesem Rechtsgebiet als die Spezialisten in den Vergaberechtsbehörden. Die Zivilgerichte sollen daher durch dieses „Zwei-Säulen-Modell“ vor einer Überforderung geschützt werden.

➔ **Prozessvoraussetzungen für den Schadenersatzanspruch:** Die folgenden **Prozessvoraussetzungen** müssen für einen Schadenersatzanspruch (Vertrauens-, und Nichterfüllungsschaden) bejaht werden können:

- a. Positiver Feststellungsbescheid der Vergabekontrollbehörde
- b. Fehlen einer „Gegenfeststellung“
- c. Abwehr des Schadens vor Zuschlagserteilung nicht möglich

a. Ein **positiver Feststellungsbescheid** ist Prozessvoraussetzung für eine Klage auf **Beteiligungskostenersatz** sowie Ersatz des **Erfüllungsinteresses**, aber auch für eine Unterlassungsklage welche sich auf das UWG stützt (siehe Seite 160). Eine Schadenersatzklage ist gem § 341 Abs 2 BVergG 2006 nur zulässig, wenn zuvor die Feststellung des BVA erfolgt ist, dass

1. *der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder*

⁶³⁵ § 332 Abs 5 BVergG 2006.

⁶³⁶ Keschmann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2185].

2. *die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder*
3. *die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder*
4. *der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs 5 und 6, § 158 Abs 2 bis 5 oder § 290 Abs 2 bis 5 BVergG 2006 rechtswidrig war, oder*
5. *die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder*
6. *der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.*

An die spruchgemäße Feststellung, sowie in die darin gelegene Feststellung der jeweiligen Rechtswidrigkeit, ist das Zivilgericht gebunden⁶³⁷. Im Falle der Feststellung, dass der Zuschlag nicht dem Best-, bzw Billigstbieter erteilt wurde (§ 341 Abs 1 Z 1 BVergG 2006), stellt das BVA jedoch nicht fest, wer konkret der Bestbieter war bzw dass es der Antragsteller war⁶³⁸. Diese Beurteilung kommt dann vielmehr dem ordentlichen Gericht zu. Daher hat das Zivilgericht nicht nur über das Verschulden des Auftraggebers, sondern auch über die

⁶³⁷ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 4 f].

⁶³⁸ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 5]; OGH 27.6.2001 7 Ob 200/00p.

konkrete Schadenshöhe zu entscheiden⁶³⁹. Außerdem muss es die Kausalität des rechtswidrigen Verhaltens der vergebenden Stelle, für den geltend gemachten Nichterfüllungsschaden feststellen⁶⁴⁰. Man wird jedoch *Rummel/Lux*⁶⁴¹ folgen können, welche annehmen, dass bei einer Feststellung des BVA, wonach für den betroffenen Bieter keine echte Chance auf Zuschlagserteilung besteht, die Parteien im Prozess um den Schadenersatz wegen Nichterfüllung auch soweit gebunden sind, als dass der betroffene Bieter nicht mehr den Beweis erbringen wird können, dass er Bestbieter gewesen wäre.

Kann in Folge einer Fristversäumung ein Feststellungsbescheid nicht mehr erwirkt werden, so ist damit auch die Möglichkeit auf einen Schadenersatzanspruch genommen.

b. Selbst wenn das BVA feststellt, dass der Zuschlag rechtswidrigerweise nicht dem Bestbieter erteilt wurde, besteht gem § 338 Abs 2 BVergG 2006 kein Anspruch auf Schadenersatz, wenn das BVA meint, dass der Geschädigte auch bei Einhaltung des BVergG **keine echte Chance** auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Dieser **Gegenfeststellungsantrag** ist vom Auftraggeber oder vom Zuschlagsempfänger zu stellen⁶⁴².

Das Fehlen einer echten Chance wird in der Praxis fast immer verneint. Auch wenn der übergangene Bieter bspw nur als Fünfter gereiht wird, hat er eine reale Chance auf den Zuschlag. Der Nachweis, dass sich ein Angebot außerhalb einer preislich nahe zusammenliegenden Spitzengruppe befindet, genügt nicht für ein Fehlen einer echten Chance⁶⁴³. Der Bieter hat nur dann keine Chance auf den Zuschlag, wenn er offenkundig chancenlos gewesen wäre. Offenkundige Chancenlosigkeit wird einem Angebot etwa dann unterstellt werden, wenn dieses ohne Rücksicht auf den Rechtsverstoß des Auftraggebers auszuschneiden gewesen wäre⁶⁴⁴.

c. Weiters geht ein Anspruch auf Schadenersatz auch dann verloren, wenn der Geschädigte den **Schaden** durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung (siehe Seite 95), oder durch

⁶³⁹ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 45].

⁶⁴⁰ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 45].

⁶⁴¹ Rummel/Lux in Koppensteiner (Hrsg), Wirtschaftsprivatrecht, Teil 8/3, Vergaberecht 103; Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 45].

⁶⁴² § 312 Abs 3 Z 2, Abs 4 Z 2 BVergG 2006.

⁶⁴³ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 6].

⁶⁴⁴ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 6].

die Stellung eines Nachprüfungsantrages (siehe Seite 88) **hätte abwenden können**⁶⁴⁵. Ein Schadenersatzanspruch besteht also dann nicht, wenn der Schaden bereits vor Zuschlagserteilung hätte abgewendet werden können. Ob eine Schadensabwehr bereits vor Zuschlagserteilung möglich gewesen wäre, hat das Zivilgericht zu entscheiden⁶⁴⁶. In Fällen der unzulässigen Direktvergabe wird dies wohl kaum der Fall sein.

➔ **Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren:** Auch das Schadenersatzkonzept selbst ist zweigeteilt. Der § 338 Abs 1 BVergG 2006 bildet die Anspruchsgrundlage für den **Vertrauensschaden** (oder in diesem Zusammenhang besser **Beteiligungskostenersatz**). Ein übergangener Bieter, Bewerber oder Bestbieter hat bei einer schuldhaften Verletzung der Vergabevorschriften durch den Auftraggeber einen „*Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren*“. Der Schädiger hat den Geschädigten dafür zu befriedigen, dass dieser zu Unrecht auf die Gültigkeit einer abgegebenen Erklärung oder auf das Zustandekommen eines Vertrages vertraut hat⁶⁴⁷. Konkret auf das Vergaberecht bezogen bedeutet das, dass beim Vertrauensschaden der positive Schaden in jenen Aufwendungen besteht, welche im Vertrauen auf das vergaberechtskonforme Verhalten des Auftraggebers getätigt wurden⁶⁴⁸.

Der Kostenersatzanspruch umfasst **auch die Vertretungskosten im Nachprüfungsverfahren** (siehe Seite 136). Ersatzfähige Kosten iSd § 338 Abs 1 BVergG 2006 können durch die Vertretungskosten im Nachprüfungsverfahren gegen die „*Wahl des Vergabeverfahrens*“⁶⁴⁹ des Auftraggebers, mit welchem sich der Bieter bemüht „sich im Vergabeverfahren zu halten“, entstehen (siehe Seite 136). Nicht zu den Kosten der Teilnahme an einem Vergabeverfahren gehören hingegen Vertretungskosten im Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung. Hierbei handelt es sich um vorprozessuale Kosten welche den §§ 40 ff ZPO unterliegen (siehe Seite 136).

Auch bei der Direktvergabe können Kosten im Zuge der **Angebotserstellung** entstehen. Zwar besteht bei der Direktvergabe keine Pflicht zur Durchführung eines Wettbewerbs, jedoch hat

⁶⁴⁵ § 338 Abs 2 BVergG.

⁶⁴⁶ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 7].

⁶⁴⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 308].

⁶⁴⁸ Petra Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht, Rechtsschutz bei fehlerhafter Auftragsvergabe.

⁶⁴⁹ § 2 Z 16 lit nn) BVergG 2006.

der Auftraggeber auch bei dieser Verfahrensart die Möglichkeit, mehrere verbindliche Angebote iSd § 2 Z 3 BVergG 2006 einzuholen⁶⁵⁰. Wurde etwa ein Direktvergabeverfahren eingeleitet und wird in der Folge vom Vertragsabschluss grundlos Abstand genommen, so kommt ein Ersatz des Vertrauensschaden in Betracht, wenn der Auftraggeber beim interessierten Unternehmer die Überzeugung herbeigeführt hat, dass der Vertrag mit Sicherheit zustande kommen wird und der Abschluss nur eine bloße Formsache ist. Das gilt insbesondere dann, wenn dem erklärenden Auftraggeber erkennbar ist, dass sein Partner im Vertrauen auf seine Aussagen wirtschaftliche Dispositionen trifft⁶⁵¹.

Kein Beteiligungskostenersatz wird hingegen für die Erstellung „unverbindlicher Preisauskünfte“ iSd § 41 Abs 3 BVergG 2006 entstehen. Diese unverbindlichen Preisauskünfte unterscheiden sich von Angeboten iSd § 2 Z 3 BVergG 2006 dadurch, dass ihnen der zivilrechtliche Bindungswille fehlt⁶⁵². Daher kann man bei Aufwendungen für die Erstellung von unverbindlichen Preisauskünften nicht von Kosten der **Angebotsstellung** iSd § 338 Abs 1 BVergG 2006 sprechen.

Die „Kosten der Angebotsstellung und Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren“⁶⁵³ sind zwar denkbar, doch entstehen bei der **Direktvergabe** in der Praxis, mangels Beteiligung am Vergabeverfahren, **regelmäßig keine Angebotserstellungs-, und Teilnahmekosten**.

Zum Vertrauensschaden gehören weiters auch Nachteile wegen Versäumung anderer Vertragsabschlussgelegenheiten⁶⁵⁴. Mit anderen Worten der entgangene Gewinn. Gem dem Wortlaut des § 338 Abs 1 Satz 1 BVergG 2006 können die, über die Kosten der Angebotserstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren hinausgehenden Vertrauensschäden **jedoch nicht** auf diesen Paragraphen gestützt werden. Ersetzt wird daher im Rahmen dieses Kostenersatzanspruches nur der positive Vertrauensschaden⁶⁵⁵. Demnach sollte man in diesem Zusammenhang eher vom Ersatz der Beteiligungskosten, als vom Ersatz des Vertrauensschadens sprechen. Der entgangene Gewinn muss vielmehr gem § 338 Abs 1

⁶⁵⁰ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 337].

⁶⁵¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 18].

⁶⁵² Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 337].

⁶⁵³ § 338 Abs 1 BVergG 2006.

⁶⁵⁴ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 308].

⁶⁵⁵ Wird bereits vorhandenes Vermögen gemindert, spricht man von einem positiven Schaden. Wird hingegen der Eintritt einer Vermögensvermehrung verhindert, so liegt ein entgangener Gewinn vor.

Satz 2 BVergG 2006 auf das allgemeine Schadenersatzrecht des ABGB gestützt werden⁶⁵⁶.

Der § 338 Abs 1 Satz 1 BVergG 2006 erweitert die Haftung des Auftraggebers bzw führt zu einer Erleichterung für den Bieter, da auf die **Kausalität** der Rechtsverletzung für den Beteiligungskostenersatzanspruch verzichtet wird⁶⁵⁷. Hat die Vergabekontrollbehörde den Vergaberechtsverstoß festgestellt, so steht der Ersatz der Kosten der Angebotserstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren zu, ohne dass es auf die Kausalität der Rechtsverletzung für den Schaden ankommt⁶⁵⁸. Deshalb ist nicht nur derjenige, der bei rechtmäßiger Vorgangsweise den Zuschlag hätte erhalten müssen, sondern auch die übrigen Bieter ersatzberechtigt, da sie darauf vertrauen dürfen, dass der Auftraggeber sein Vergabeverfahren in Übereinstimmung mit dem Vergaberecht durchführt⁶⁵⁹. Anstelle des Kausalitätsbeweises des übergangenen Bieters, trägt nun der Auftraggeber die Darlegungs-, und Beweislast für das Fehlen einer **echten Chance** des Bieters⁶⁶⁰. Die Umkehr dieser Beweisregelung ergibt sich zum einem aus unionsrechtlichen Gründen⁶⁶¹ und zum anderem aus verfassungsrechtlichen Erwägungen. Für den übergangenen Bieter ist es nämlich kaum möglich den Beweis zu erbringen, dass er bei korrektem Vorgehen den Zuschlag erhalten hätte (siehe Seite 155)⁶⁶². Um einen Anspruch auf Vertrauensschaden abzuwenden, hat der Auftraggeber die Möglichkeit den Gegenantrag zu stellen, dass der übergangene Bieter auch bei rechtskonformer Vorgehensweise keine echte Chance gehabt hätte.

Der Vertrauensschaden muss **rechtswidrig** verursacht worden sein. Rechtswidrigkeit liegt vor bei Verletzung des BVergG oder der aufgrund des BVergG ergangenen Verordnung, aber auch bei Verstoß gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht⁶⁶³. Haftungsbegründend sind Verstöße gegen bewerber-, und/oder bieterschützende Vorschriften⁶⁶⁴. Dabei ist auf den Normzweck der Vorschrift abzustellen. Die meisten Vorschriften des BVergG haben einen bewerber-, und/oder bieterschützenden Normzweck⁶⁶⁵. Eine Direktvergabe entgegen den Bestimmungen des § 41 BVergG 2006 ist zweifellos rechtswidrig.

⁶⁵⁶ Keschmann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2188].

⁶⁵⁷ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 38].

⁶⁵⁸ Keschmann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2187].

⁶⁵⁹ Keschmann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2187].

⁶⁶⁰ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 39].

⁶⁶¹ Art 2 Abs 7 RMRL.

⁶⁶² Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 39].

⁶⁶³ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 26].

⁶⁶⁴ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 27].

⁶⁶⁵ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 28].

Schließlich muss der Vertrauensschaden **schuldhaft** verursacht worden sein. Dieses Verschuldenserfordernis ist aus dem Wortlaut des § 338 Abs 1 Satz 1 BVergG 2006 klar ersichtlich (arg: „*Bei schuldhafter Verletzung dieses Bundesgesetzes...*“). Jedoch wird dieses Verschuldenserfordernis stark diskutiert. So wurden etwa Zweifel an der Gemeinschaftskonformität des Verschuldenserfordernisses geäußert⁶⁶⁶. Öhler argumentiert diesbezüglich, dass das den Rechtsmittelrichtlinien zugrunde liegende Gebot der wirksamen Nachprüfung und die vom EuGH aus dem Effektivitätsgebot entwickelten Anforderungen an die Wirksamkeit von Sanktionen bei Verstößen gegen das Unionsrecht es verbieten, Schadenersatz wegen Verstößen gegen das Unionsrecht vom Verschulden des Auftraggebers abhängig zu machen⁶⁶⁷. Diese Auffassung spiegelt sich auch im Urteil „*Brasserie du pêcheur/Factortame*“⁶⁶⁸ wieder. Demnach darf „...*der Ersatz des Schadens nicht davon abhängig (gemacht werden), daß den staatlichen Amtsträger, dem der Verstoß zuzurechnen ist, ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) trifft, das über den hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinausgeht*“.

Auch der OGH hat sich in einer jüngeren Entscheidung⁶⁶⁹ für eine Irrelevanz des Verschuldens bei der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches wegen Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen das Vergaberecht ausgesprochen. Zum Sachverhalt: Der § 115 Abs 1 StVergG sieht als Voraussetzung für den Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen Kosten sowie eines allenfalls entgangenen Gewinnes eine „*schuldhafte Verletzung dieses Gesetzes oder einer hierzu ergangenen Verordnung durch Organe der vergebenden Stelle*“ vor⁶⁷⁰. Auf diese Bestimmung beruft sich der beklagte Auftraggeber und meint, dass ihn beziehungsweise seine Organe kein Verschulden treffe, weil er sowohl nach Gemeinschaftsrecht als auch nach nationalem österreichischen Recht an einen formell rechtskräftigen Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 10.6.1999 gebunden gewesen ist. Nach der Meinung des OGH kommt es aber auf ein Verschulden gar nicht an. Der EuGH hat nämlich im **Urteil vom 30.9.2010** (Rs C-314/09) ausgesprochen, dass die Richtlinie 89/665/EWG dahin auszulegen ist, dass „...*sie einer nationalen Regelung, die den Schadenersatzanspruch wegen eines*

⁶⁶⁶ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 30].

⁶⁶⁷ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1998) 201f; Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 30].

⁶⁶⁸ EuGH 5.3.1996 Rs C-46/93 und C-48/93.

⁶⁶⁹ OGH 17.11.2010, 6 Ob 208/10x.

⁶⁷⁰ OGH 17.11.2010, 6 Ob 208/10x mit Anmerkung Werner Mecenovic.

Verstoßes eines öffentlichen Auftraggebers gegen das Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, auch dann entgegensteht, wenn bei der Anwendung dieser Regelung ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers vermutet wird und er sich nicht auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf mangelnde subjektive Vorwerfbarkeit des behaupteten Verstoßes berufen kann“. Die in Art 2 Abs 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665/EWG vorgesehene Rechtsschutzmöglichkeit „...*könne nicht davon abhängig sein, dass ein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers **festgestellt** wird*“⁶⁷¹. Somit ist ein **schadenersatzbegründendes Verschulden** des öffentlichen Auftraggebers bereits dann gegeben, wenn dieses vermutet wird.

Hinzuweisen ist darauf, dass der EuGH nicht zwischen Aufwandsersatz und Erfüllungsinteresse differenziert ⁶⁷². Daher ist für die Geltendmachung eines Erfüllungsinteresses ebenfalls kein Verschulden des öffentlichen Auftraggebers notwendig.

Änderung durch die BVergG-Novelle 2012: Diese Rechtsprechung des EuGH wird durch die BVergG-Novelle 2012 umgesetzt. Während der § 338 Abs 1 BVergG 2006 noch davon sprach, dass ein Schadenersatzanspruch nur bei schuldhafter Verletzung der vergaberechtlichen Vorschriften besteht, steht dieser Schadenersatzanspruch nun bereits bei einem „**hinreichend qualifiziertem Verstoß**“ zu⁶⁷³.

Beim Vertrauens-, und Nichterfüllungsschaden (oder auch Erfüllungsinteresse) handelt es sich um einen vertraglichen Schadenersatz. Daher kommt die Regelung der Beweislastumkehr gemäß § 1298 ABGB zur Anwendung⁶⁷⁴. Die Beweislastumkehr gilt nach überwiegender Ansicht auch für Pflichten in contrahendo⁶⁷⁵. Der Auftraggeber muss sich daher vom Vorwurf der Sorgfaltsverletzung freibeweisen. Dieser Beweis wird dem Auftraggeber kaum gelingen⁶⁷⁶. Denkbar wäre etwa der Einwand, die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers beruhe bei unklarer Regelung und divergierender Judikatur auf einer vertretbaren Rechtsansicht⁶⁷⁷. Aus dem vertraglichen Schadenersatzanspruch ergibt sich

⁶⁷¹ OGH 17.11.2010, 6 Ob 208/10x mit Anmerkung *Werner Mecenovic*.

⁶⁷² *Feuchtmüller/Kraus*, Wbl 2010, 582.

⁶⁷³ § 337 Abs 1 BVergG 2006 idF Novelle 2012.

⁶⁷⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 320].

⁶⁷⁵ OGH in JBl 1987, 104; JBl 1991, 453; JBl 1993, 389 (*Dullinger*).

⁶⁷⁶ *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 32].

⁶⁷⁷ *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 32].

ebenfalls eine Haftung für Erfüllungsgehilfen gem § 1313a ABGB⁶⁷⁸.

Der Maßstab, an welchem die Fahrlässigkeit des Auftraggebers gemessen wird, richtet sich nach dem Sorgfaltsmaßstab eines Sachverständigen gem § 1299 ABGB⁶⁷⁹. Daher ist nicht die Sorgfalt eines Durchschnittsmenschen, sondern die übliche Sorgfalt jener Person, die derartige Tätigkeiten ausübt entscheidend⁶⁸⁰.

➔ **Ersatz des Erfüllungsinteresses:** Anspruchsgrundlage für den Ersatz des **Erfüllungsinteresses** ist hingegen das ABGB. Schließlich verweist der § 338 Abs 1 Satz 2 BVergG 2006 darauf, dass weiter gehende Schadenersatzansprüche des übergangenen **Bestbieters** nach anderen Rechtsvorschriften nicht berührt werden. Wer wegen Nichterfüllung einer vertraglichen Leistungsverpflichtung Ersatz zu leisten hat, muss den Zustand herstellen, der im Vermögen des Gläubigers bei gehöriger Erfüllung des Vertrages bestünde⁶⁸¹.

Trotz der Beweislastumkehrregelung des § 1298 ABGB trägt der Schadenersatzkläger die Beweislast dafür, dass er bei rechtmäßiger Vorgangsweise den Zuschlag erhalten hätte⁶⁸². Die Beweislastumkehr gilt nämlich nicht für den Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden⁶⁸³. Vielmehr bezieht sich die § 1298 ABGB-Regelung nur auf das Verschuldenselement.

Anders als der Vertrauensschaden wird der Nichterfüllungsschaden nur dem **Bestbieter** geschuldet. Für den Anspruch auf das Erfüllungsinteresse ist es somit entscheidend, ob der Schadenersatzkläger bei korrekter Vorgehensweise Bestbieter gewesen wäre⁶⁸⁴. Über dieses Kriterium hat das ordentliche Zivilgericht zu entscheiden. Zur Feststellung der **Höhe des Schadens** stellt die Rechtsprechung darauf ab, welche Erfüllungsansprüche dem Bieter aus dem Vertrag, wäre es zum Abschluss mit dem Auftraggeber gekommen, entstanden wären und wie er vermögensmäßig stünde, wenn der Vertrag erfüllt worden wäre⁶⁸⁵. Der Schaden

⁶⁷⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 355].

⁶⁷⁹ Keschmann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2190].

⁶⁸⁰ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 31].

⁶⁸¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 308].

⁶⁸² OGH 27.6.2001, 7 Ob 148/01 t; OGH 27.6.2001, 7 Ob 200/00p.

⁶⁸³ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 44].

⁶⁸⁴ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 45].

⁶⁸⁵ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 48].

besteht somit indem durch die Verweigerung des Vertragsabschlusses entstandenen Geschäftsgewinn.

Der übergangene Bieter kann einen Kostenersatzanspruch gem § 338 Abs 1 1 Satz BVergG 2006 und Schadenersatz wegen Nichterfüllung gem § 338 Abs 1 2 Satz BVergG 2006 **nicht kumulativ** geltend machen⁶⁸⁶. Die Beteiligungskosten wären dem Bestbieter ja schließlich auch entstanden, wenn ihm der Zuschlag erteilt worden wäre. Der Bestbieter hat jedoch zwischen dem Beteiligungskostenersatz und dem Ersatz des Nichterfüllungsschadens ein Wahlrecht. Außerdem gestattet die Bestimmung dem übergangenen Bestbieter den Nichterfüllungsschaden jedenfalls mit den frustrierten Beteiligungskosten anzusetzen, sodass dem Auftraggeber der Einwand, der Nichterfüllungsschaden sei, weil sich der Bieter bei seinem Angebot verkalkuliert habe, geringer, genommen ist⁶⁸⁷.

Spezialthema: Der zivilrechtliche Schadenersatzanspruch bei der Direktvergabe als praktisch totes Recht

Die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches als Folge einer unzulässigen Direktvergabe stellt sich in der Praxis als zumeist unüberwindbare Hürde dar. Ein Grund dafür ist die Subsidiarität des Rechtsschutzes vor Zivilgerichten und die damit einhergehenden strengen Prozessvoraussetzungen (siehe Seite 142).

Zunächst muss die Vergabebehörde einen positiven Feststellungsbescheid erlassen, dass eine Rechtsverletzung iSd § 341 Abs 2 BVergG 2006 vorliegt. Dabei spielen für die **Direktvergabe** vor allem die Ziffern 1 und 2 (siehe Seite 142) eine wichtige Rolle, wobei letztere die „speziellere“ ist.

§ 341 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 stellt eine Art Generalklausel für sämtliche Rechtswidrigkeiten dar, sofern der Zuschlag nicht „...dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“.

Gem § 341 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 kann ein Feststellungsbescheid darauf gerichtet sein, dass die Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt ist. Auf einen „Nicht-Zuschlag“ an den Best-,

⁶⁸⁶ OGH 27.6.2001, 7 Ob 200/00p, JBl 2002, 117.

⁶⁸⁷ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 7].

bzw Billigstbieter kommt es hier nicht an. Damit sind regelmäßig jene Fälle erfasst, in welchen eine Direktvergabe oberhalb der in § 41 BVergG 2006 genannten Subschwellenwerte erfolgt ist.

Gehe ich jetzt vom oben genannten Beispiel (siehe Seite 125) aus, so hat dies folgende Konsequenz: Eine Feststellung im Sinne der „spezielleren“ Regelung des § 341 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 kommt nicht in Betracht, da die Wahl der Direktvergabe nicht zu Unrecht erfolgt ist.

Fraglich ist nun, ob eine Feststellung iSd „generellen“ Regelung des § 341 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 überhaupt möglich ist? Zum einen gibt es bei einer Direktvergabe regelmäßig **keine „Angaben in der Ausschreibung“** (zur weiten Auslegung der „Ausschreibung“ siehe Seite 128) und zum anderen ist der Auftraggeber bei der Direktvergabe **nicht verpflichtet den Auftrag dem Best-, bzw Billigstbieter zu erteilen.**

Folgt man der Entscheidung des UVS Kärnten⁶⁸⁸ (siehe Seite 126), wonach, mangels anwendbarer Feststellungskompetenz, nach der Zuschlagserteilung nur mehr die fehlerhafte Wahl der Direktvergabe festgestellt werden kann, nicht jedoch dass die Vergabe an ein bestimmtes Unternehmen rechtswidrig erfolgt ist, so kommt man zu dem Ergebnis, dass mangels positiven Feststellungsbescheid auch kein Schadenersatz geltend gemacht werden kann, wenn die direkte Vergabe bspw an einen ungeeigneten Bieter erfolgt ist.

Dieses Ergebnis ist natürlich problematisch und nicht zu akzeptieren (siehe Seite 129). Wenn schon der Vertrag nach Vertragsabschluss nicht mehr angefochten werden kann, so muss „...*zumindest die Möglichkeit eines Schadenersatzanspruches gewahrt sein*“⁶⁸⁹. Diese Erkenntnis ergibt sich vor allem aus verfassungs-, und unionsrechtlichen⁶⁹⁰ Erwägungen.

➔ **Schadenersatz ohne positiven Feststellungsbescheid?** Neben der weiten Auslegung des Ausschreibungsbegriffes (siehe Seite 128) sieht *Thienel* auch noch einen anderen Lösungsansatz für dieses Problem vor. Er meint, dass es aus unions-, und verfassungsrechtlichen Gründen in diesem Fall zulässig sein soll, eine Klage auf

⁶⁸⁸ UVS Krnt 9.12.2004, KUVS-1260/13/2004.

⁶⁸⁹ *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 298].

⁶⁹⁰ Art 2 Abs 1 lit c) der RL 89/665/EWG: „denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, Schadenersatz zuerkannt werden kann“.

zivilrechtlichen Schadenersatz auch **ohne vorherigen Feststellungsbescheid** durch eine Verwaltungsbehörde geltend machen zu können⁶⁹¹. „*Verneint man die Kompetenz des BVA, nach einer „formfreien“ Freihandvergabe die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen, müsste dies konsequenterweise bedeuten, dass eine Klage bei G(ericht) ohne eine solche Feststellung möglich sein müsste*“⁶⁹². Er erwähnt allerdings auch, dass eine solche Vorgehensweise nach der derzeitigen Gesetzeslage nicht systemkonform wäre. Mit anderen Worten hätte diese „direkte“ Klage keine Deckung im BVergG.

Bleibt nun die Frage, ob man dieses Vorgehen mit einer unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht rechtfertigen könnte? *Thienel* meint diesbezüglich, dass man „*mit guten Gründen*“ – im Hinblick auf das unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes – annehmen kann, dass ein übergangener Unternehmer zumindest im Anwendungsbereich des Unionsrechtes auch im Falle einer Direktvergabe die „Zuschlagsentscheidung“ anfechten kann, sofern eine solche erfolgt ist und dem übergangenen Unternehmer zur Kenntnis gekommen ist⁶⁹³. Diese Auffassung lässt sich vor allem auf das unionsrechtliche Effektivitätsgebot stützen⁶⁹⁴. Nach dem Effektivitätsgebot dürfen die im nationalen Recht vorgesehenen Modalitäten nicht darauf hinauslaufen, dass die Verwirklichung der Unionsregelung praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert wird⁶⁹⁵. Das Unionsrecht setzt somit der Anwendung des nationalen Rechts Schranken.

Meiner Meinung nach, muss man aber die unmittelbare Anwendung des Unionsrechts in diesem Zusammenhang in Zweifel ziehen. Für eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien ist es zum einem notwendig, dass der Mitgliedstaat seinen Umsetzungspflichten nicht nachgekommen ist. Die Rechtsmittelrichtlinien gelten aber nur für den Oberschwellenbereich. Insofern hatte der Gesetzgeber im Bereich des Rechtsschutzes bei der Direktvergabe keine **Umsetzungspflicht**, da sich diese im Unterschwellenbereich bewegt. Diese Umsetzungspflicht könnte allerdings aus dem primärrechtlichen Transparenzgebot abgeleitet werden. Die weiteren Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung einer Richtlinie sind, dass die Vorschriften der Richtlinie für den Einzelnen subjektive Rechte begründet,

⁶⁹¹ *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 298].

⁶⁹² *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 298].

⁶⁹³ *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 295].

⁶⁹⁴ siehe dazu EuGH Rs. 205-215/82, Deutsche Milchkontor ua/Bundesrepublik Deutschland.

⁶⁹⁵ *Streinz*, Europarecht, 8. Auflage, [Seite 203].

sowie dass die Vorschriften „inhaltlich unbedingt“ und „hinreichend genau“ sind⁶⁹⁶. Die Richtlinie muss daher ohne Konkretisierung unmittelbar anwendbar sein. Man spricht in diesem Zusammenhang von einem „self-executing-Charakter“ der Richtlinie (siehe Seite 101)⁶⁹⁷. Für eine unmittelbare Anwendung sind die Vorgaben der Richtlinie aber **zu wenig konkret** (siehe Seite 103).

Die realistischere Lösung ist wohl, dass auch im Bereich des Schadenersatzes, der Feststellungstatbestand des § 341 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 als Generalklausel für sämtliche Rechtswidrigkeiten im Bereich der Direktvergabe herangezogen wird (siehe Seite 151). Somit wäre sowohl das unions-, und verfassungsrechtliche Gebot des Zugangs zum Schadenersatz gewahrt und andererseits auch das System des BVergG eingehalten, wonach Schadenersatzansprüche nur nach einer vorherigen Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes durch eine Vergabekontrollbehörde geltend gemacht werden können⁶⁹⁸.

➔ **Die weiteren „strengen“ Prozessvoraussetzungen:** Ein weiteres Problem im Bereich der Geltendmachung des Schadenersatzanspruches ist die Fristgebundenheit des Feststellungsantrages (siehe Seite 98). Vor allem die Regelung, wonach ein Feststellungsantrag jedenfalls binnen sechs Monaten nach Zuschlagserteilung einzubringen ist, stellt in der Praxis ein großes Hindernis dar. Der übergangene Bieter erfährt von der unzulässigen Direktvergabe in vielen Fällen zu spät. In der Folge kann er daher auch keinen Sekundärschutz beanspruchen.

Die Prozessvoraussetzung des Fehlens einer „Gegenfeststellung“ iSd § 338 Abs 2 BVergG 2006 ist hingegen weniger problematisch. Eine echte Chance auf Zuschlagserteilung im Zuge einer Direktvergabe kann zumeist bejaht werden. Keine reale Chance ist etwa denkbar, wenn eine Eignung iSd § 19 BVergG 2006 für den konkreten Auftrag offensichtlich nicht gegeben ist.

Auch die Prozessvoraussetzung: „Unmöglichkeit der Schadensabwehr vor Zuschlagserteilung“, spielt für die **Direktvergabe** zumeist keine Rolle. Aufgrund mangelnder Kenntnisse des übergangenen Bieters vor der Zuschlagserteilung, hat dieser bei der Direktvergabe zumeist keine Möglichkeit den Schaden via einstweiliger Verfügung bzw

⁶⁹⁶ EuGH, Rs. 8/81, Becker/Finanzamt Münster.

⁶⁹⁷ Streinz, Europarecht, 8. Auflage, [Seite 157].

⁶⁹⁸ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) 312 [Rz 299].

Nachprüfungsantrag vorzeitig zu bekämpfen.

➔ **Das Problem der Beweiserbringung:** Sehr problematisch ist hingegen wieder die Frage der **Beweiserbringung** im Bereich der Direktvergabe. Erleichternd ist dabei zunächst, dass der Auftraggeber aufgrund der Beweislastumkehrregelung des § 1298 ABGB beweisen muss, dass ihn kein Verschulden trifft. Der § 338 Abs 1 BVergG 2006 sieht zudem eine Haftungserleichterung für den übergangenen Bieter vor (siehe Seite 147)⁶⁹⁹. Aufgrund der Regelung des § 338 Abs 1 BVergG 2006 muss der Antragsteller nämlich nicht den Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten des Auftraggebers und dem eingetretenen Schaden erbringen. Für den Ersatz des **Erfüllungsinteresses** hat der Antragsteller jedoch zu beweisen, dass er bei einem rechtmäßig durchgeführten Vergabeverfahren der **Best-, bzw Billigstbieter** gewesen wäre. Diese Beweiserbringung stellt sich bei der **Direktvergabe als nahezu aussichtsloses Unterfangen** dar.

Für die Erlangung des Erfüllungsinteresses hat der übergangene Bieter nämlich nach der Judikatur des OGH⁷⁰⁰ den Beweis zu erbringen, dass „*ohne die Pflichtverletzung der Vertrag (mit dem übergangenen Bieter) zustande gekommen wäre, also der Kläger Bestbieter ist*“. Ein derartiger Beweis wird bei der Direktvergabe – mangels festgelegter Kriterien – aber nicht gelingen, da der OGH⁷⁰¹ gerade davon ausgeht, dass der Bestbieter an Hand der in der Ausschreibung festzulegenden Kriterien zu ermitteln ist⁷⁰². Trotz dieser Problematik meint der OGH dazu: „*Die bloße Tatsache, dass der erforderliche Beweis bei der gegebenen Sachlage überhaupt nicht geführt werden kann, rechtfertigt noch keinesfalls eine Umkehrung der Beweislast*“⁷⁰³ hinsichtlich der Kausalität⁷⁰⁴. Der Antragsteller muss somit den Beweis erbringen, dass er bei einem „**hypothetischen**“ **Vergabeverfahren, mit in einer Ausschreibung festgelten Kriterien**, der beste Bieter gewesen wäre. Ein Beweis der nahezu unmöglich zu erbringen ist! Daher spielt es praktisch auch keine Rolle, dass der übergangene Bieter idR auch nicht die konkrete Schadenshöhe beziffern können wird.

Stellt sich nun die Frage, wie man diese unbefriedigende Situation lösen kann? Ein Lösungsansatz wäre die **Übertragung der Beweislast** bezüglich der Bestbieterschaft

⁶⁹⁹ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmman/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 338 [Rz 38].

⁷⁰⁰ OGH 27.6.2001, 7 Ob 200/00p; OGH 25.3.2003, 1 Ob 110/02m.

⁷⁰¹ OGH 27.6.2001, 7 Ob 200/00p.

⁷⁰² Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 61].

⁷⁰³ OGH 25.3.2003, 1 Ob 110/02m.

⁷⁰⁴ Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 61].

vom übergebenen Bieter auf den Auftraggeber. Dazu führt Katary⁷⁰⁵ an, dass der OGH⁷⁰⁶ prinzipiell davon ausgeht, dass bei bestimmten Sachverhaltskonstellationen, in welchen typischerweise ein Schadenersatzanspruch mangels Kausalitätsbeweis scheitert, eine Beweislastverschiebung zugunsten der Klägers denkbar ist. Der Gerichtshof führt diesbezüglich als Beispiel ärztliche Behandlungsfehler an. *„Es könnte daher bei der Direktvergabe mit einer gewissen Berechtigung auf eine strukturell unmögliche Beweislage hingewiesen werden und auf diese Weise der Weg zum Schadenersatz gesucht werden. Solange aber eine gefestigte Judikatur zu diesem Thema nicht vorhanden ist, wird davon auszugehen sein, dass die Zivilgerichte übergebenen Bieter von Direktvergabeverfahren das Erfüllungsinteresse nicht zusprechen werden“*⁷⁰⁷.

Eine weitere Möglichkeit bestünde darin, den Schadenersatzanspruch **unmittelbar auf das Unionsrecht** zu stützen. Für eine unmittelbare Anwendung der Richtlinien sind diese jedoch zu unbestimmt (siehe Seite 103).

➔ **Schadenersatz ohne Kausalitätszusammenhang?** In Fortsetzung zur Erkenntnis des EuGH vom 30.9.2010, Rs C-314/09 (siehe Seite 148), in welcher der Europäische Gerichtshof festgestellt hat, dass eine nationale Regelung, die den Schadenersatzanspruch wegen Verstoßes eines (öffentlichen) Auftraggebers gegen Vergaberecht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängig macht, unionsrechtswidrig ist, ist noch ein weiterer Lösungsansatz denkbar. Grundsätzlich ist dieses Urteil mit dem erlernten Wissen aus den Zivilrecht-Lehrveranstaltungen schwer in Einklang zu bringen. Bereits in den ersten Zivilrechtsstunden wird dem Studenten eingetrichtert, dass ein Schadenersatzanspruch nur bei der Bejahung folgender Tatbestandsvoraussetzungen gegeben ist: Es muss a) ein Schaden b) rechtswidrig c) schuldhaft und d) kausal verursacht worden sein. Bei öffentlichen Auftragsvergaben fällt nun die Voraussetzung c) weg. Auf ein konkretes Verschulden kommt es hier nicht an. Diese Durchbrechung des bisherigen Wissensstandes wird mit dem fehlenden Hinweis auf ein Verschulden im Wortlaut des Art 1 Abs 1 sowie Art 2 Abs 1, 5 ff. der Rechtsmittelrichtlinie⁷⁰⁸ argumentiert. Die Richtlinie 89/665/EWG enthält keinerlei Hinweis, *„...dass der Verstoß gegen die Vergaberegelung, der einen Schadenersatzanspruch des Geschädigten begründen kann, besondere Merkmale aufweisen müsste, wie etwa dass er mit*

⁷⁰⁵ Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 61f].

⁷⁰⁶ OGH 25.3.2003, 1 Ob 110/02m.

⁷⁰⁷ Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003), [Seite 62].

⁷⁰⁸ Rechtsmittelrichtlinie 89/665.

einem erwiesenen oder vermuteten Verschulden des öffentlichen Auftraggebers verknüpft ist“⁷⁰⁹. Die in Art 2 Abs 1 Buchstabe c der Richtlinie 89/665/EWG vorgesehene Rechtsschutzmöglichkeit „könnte nicht davon abhängig sein, dass ein Verschulden festgestellt wird“⁷¹⁰. Die Richter erklären zudem, dass ein solches Erfordernis auch dem Effektivitätsgrundsatz widerspreche. Die Möglichkeit der Zuerkennung von Schadenersatz darf genauso wenig wie alle anderen in der Rechtsmittelrichtlinie vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten nach nationalem Recht von der Schuldhaftigkeit des Verstoßes abhängen.

Nun stelle ich mir die Frage, ob es möglich ist, einen Schadenersatzanspruch – unter erneuter Argumentation der effektiven Anwendung der Rechtsmittelrichtlinien – auch **ohne** dem Erfordernis eines **konkreten Kausalitätszusammenhanges** zu bejahen? Mit anderen Worten: Kann der übergangene Bieter einen Schadenersatzanspruch geltend machen, obwohl er die **Kausalität des konkret erlittenen Schadens nicht darlegen** kann? Kann er das Erfüllungsinteresse verlangen, ohne den Beweis erbringen zu müssen, dass er Bestbieter gewesen wäre?

Diese Idee ist meiner Meinung nach nicht an den Haaren herbeigezogen. Beispielsweise wird beim Feststellungsantrag nach § 331 BVergG 2006 im Zusammenhang mit der Direktvergabe vertreten, dass „...ein zur Zulässigkeit eines Feststellungsantrages führender eingetretener Schaden...bereits dann vorliegt, wenn die Möglichkeit des Antragsteller beeinträchtigt wurde, am Vergabeverfahren teilzunehmen und er im Rahmen dieser Teilnahme in der Lage gewesen wäre, ein für den Zuschlag in Betracht kommendes Angebot zu legen“⁷¹¹. Nach dieser Rechtsprechung kommt es also für einen Feststellungsantrag iSd § 331 BVergG 2006 nicht darauf an, dass ein Schaden konkret dokumentiert werden kann.

Das deutsche **Bundesverfassungsgericht**⁷¹² hat diesbezüglich explizit festgestellt, dass an den Nachweis bzw an die Darlegung eines eingetretenen bzw bereits entstandenen oder drohenden Schadens – aufgrund des verfassungsrechtlichen Gebots des effektiven Rechtsschutzes – keine „überzogenen“ bzw keine „sehr hohen“ Anforderungen gestellt werden dürfen. Es ist daher **nicht erforderlich**, dass der Antragsteller im Sinne einer

⁷⁰⁹ EuGH 30.9.2010, Rs C-314/09.

⁷¹⁰ OGH 17.11.2010, 6 Ob 208/10x mit Anmerkung *Werner Mecenovic*.

⁷¹¹ VwGH 24.2.2010, 2009/04/0209, JusGuide 2010/16/1401 (VwGH).

⁷¹² BVerfG, VergabeR 2004, 597 (599).

darzulegenden Kausalität nachzuweisen hat, **dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte**⁷¹³.

Für die Bejahung dieses „Schadenersatzanspruches ohne konkreter Kausalität“, kann man mit folgendem Punkt argumentieren: Da die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches in Folge einer unzulässigen Direktvergabe, mangels Beweisbarkeit des tatsächlich eingetretenen Schadens, in der Praxis als „mission impossible“ betrachtet werden kann, kann man von einer Verletzung der unionsrechtlichen Vorgaben sprechen⁷¹⁴. Daher kann man argumentieren, dass zum einem die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie und zum anderem das vom EuGH entwickelte Effektivitätsgebot es verbieten, einen Schadenersatzanspruch von der Voraussetzung eines genau bezifferten Schadens abhängig zu machen.

Gegen eine Ausdehnung des Schadenersatzanspruches, auch auf Fälle in welchen eine Kausalität des Schadens nicht konkret festgestellt werden kann, spricht vor allem, dass diese Gewährung die Ersatzpflicht des öffentlichen Auftraggebers **uferlos** machen würde. Wo fängt der ersatzfähige Schaden an und wo hört er wieder auf? Ab wann kann man diesen Anspruch geltend machen? Daher kann diese Konstruktion wohl nicht im Interesse eines vernünftigen Steuerzahlers liegen. Eine Ausdehnung des Schadenersatzrechtes, auch auf Fälle in welchen ein konkreter Schaden nicht festgestellt werden kann, ist daher wohl nur von theoretischer Natur.

➔ **Ersatzfähige zivilrechtliche Nichterfüllungsschäden bei der unzulässigen Direktvergabe:** Für meine weiteren diesbezüglichen Überlegungen stelle ich mir folgenden Sachverhalt vor: Ein Auftraggeber vergibt rechtswidrig einen Auftrag direkt. Dadurch entstehen einem anderen Unternehmen, welches in der jeweiligen Branche angesiedelt ist, **Nachteile** wie etwa der Verlust von Reputation, Kunden, Prestige bzw der Verlust eines entgangenen Gewinnes.

Von einem „Schaden“ **im zivilrechtlichen Sinn**⁷¹⁵ kann man in diesem Fall nicht sprechen.

⁷¹³ Müller-Wrede in NZBau 11/2011, Kausalität des Vergaberechtsverstoßes als Voraussetzung für den Rechtsschutz, [Seite 654] (allerdings bezogen auf den Primärrechtsschutz).

⁷¹⁴ Art 1 Abs 1 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665 sieht einen wirksamen und raschen Rechtsschutz vor. Der Art 2 Abs 1 lit c) regelt die Vorgabe eines Schadenersatzes, für diejenigen welche durch einen Rechtsverstoß geschädigt worden sind.

⁷¹⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 303].

„Schaden heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt wird. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten hat“⁷¹⁶. Beim Verlust von Reputation, Kunden, Prestige bzw Verlust eines entgangenen Gewinnes, handelt es sich um keine Vermögensschäden welche „in Geld messbar“ sind⁷¹⁷. Es handelt sich also um keinen realen oder positiven Schaden. Ein „entgangener Gewinn“ ist jedoch nicht als entgangener Gewinn, sondern vielmehr bereits als positiver Schaden zu qualifizieren, wenn die Erwerbschance als relativ sicher betrachtet werden kann. Wurde der Gewinn daher im Verkehr bereits als sicher angesehen, so handelt es sich um einen positiven Schaden im zivilrechtlichen Sinn⁷¹⁸.

Der Schadensbegriff des § 1293 ABGB umfasst neben den in Geld messbaren Schäden auch immaterielle Schäden. Dazu zählt man vor allem den Ersatz von erlittenen Schmerzen durch sog Schmerzengeld. Es soll „Genugtuung für alles Ungemach“ sein, welches der Verletzte in seiner Gefühlssphäre erlitten hat⁷¹⁹. Für den Verlust an Reputation, Kunden bzw Prestige besteht jedoch in der Regel kein Anspruch auf Schmerzengeld⁷²⁰. Es handelt sich hierbei um keinen ersatzfähigen immateriellen Schaden.

Im Ergebnis bedeutet das für unseren Fall, dass **kein ersatzfähiger Schaden** im Sinne des § 1293 ABGB entstanden ist. Gegenteiliges ist nur dann der Fall, wenn der entgangene Gewinn im Verkehr bereits als sicher angesehen werden kann. In diesem Fall würde ein positiver Schaden im Sinne des § 1293 ABGB vorliegen. Kann daher der übergangene Bieter beweisen, dass ihm durch die unzulässige Direktvergabe ein bereits als sicher angesehener Gewinn entgangen ist, so kann er – sofern er auch beweisen kann, dass er Bestbieter gewesen wäre – einen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch geltend machen.

Zusammenfassend ist daher zum Sekundärrechtsschutz vor den ordentlichen Zivilgerichten bei unzulässigen Direktvergaben folgendes zu sagen: Der zivilrechtliche Schadenersatz spielt bei der Direktvergabe nur eine untergeordnete Rolle. Ein Beteiligungskostenersatzanspruch entfällt zumeist bereits aufgrund der mangelnden Beteiligung anderer Bieter (siehe Seite 145). Für das Erfüllungsinteresse wird es – auch unter der Annahme, dass der übergangene Bieter

⁷¹⁶ § 1293 ABGB.

⁷¹⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 303].

⁷¹⁸ OGH in JBl 1993, 399; ÖBA 1996, 549 (Rebhahn) = ecolex 1996, 168 (Graf).

⁷¹⁹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) [Seite 344].

⁷²⁰ siehe aber § 1328a ABGB.

eine Feststellung der Rechtswidrigkeit erlangen sollte – in den meisten Fällen an einem bezifferbaren Schaden für die Geltendmachung vor den Zivilgerichten fehlen (siehe Seite 150). Zudem wird der Kläger den „Bestbieterbeweis“ nicht erbringen können. Lösungsansätze sind zwar theoretisch denkbar, doch sind diese in der Praxis momentan nicht umsetzbar (siehe Seite 153 und 156).

Kapitel 4.11: Rechtsschutz nach dem UWG im Fall von unzulässigen Direktvergaben

Die Geltendmachung des zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches bei Vergabeverstößen stellt sich somit in der Praxis als besonders schwieriges Unterfangen dar. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass ein nicht zum Zuge gekommener Bieter nach erfolgter Zuschlagserteilung dem Auftraggeber mit einer **Unterlassungsklage** verbietet, die aufgrund eines vergaberechtswidrigen Vertrages erfolgende Leistung entgegenzunehmen⁷²¹.

Neben dem zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch hat der übergangene Bieter daher auch die Möglichkeit einen **Unterlassungsanspruch**, auf der Grundlage des **Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb**, zu begehren. So wird in den ErläutRV des BVergG 2006 angeführt, dass Verletzungen des Vergaberechts einen Verstoß gegen § 1 UWG begründen können⁷²². Auch der Gesetzgeber geht somit von einer grundsätzlichen Zweispurigkeit des Rechtsschutzes aus⁷²³.

➔ **Subsidiarität des Rechtsschutzes nach dem UWG:** Wie auch beim zivilrechtlichen Schadenersatz wird jedoch dem spezifischen vergaberechtlichen Rechtsschutz ein Vorrang eingeräumt (siehe Seite 141). Daher kann gem § 341 Abs 2 BVergG 2006 ein Anspruch aus unlauterem Wettbewerb nur dann geltend gemacht werden, wenn eine Feststellung iSd in § 341 Abs 2 BVergG 2006 (siehe Seite 142) genannten Ziffern erfolgt ist. Ein Blick in die Gesetzesmaterialien⁷²⁴ zeigt, dass die Zulässigkeitsvoraussetzung eines vorgängigen Feststellungsbescheides für die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen aus dem UWG der Rechtssicherheit diene und die Gefahr divergierender Beurteilungen durch

⁷²¹ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 8].

⁷²² 1171 BlgNR 22. GP 146.

⁷²³ OGH 23.5.2006, 4 Ob 23/06w; ZVB 2006/88.

⁷²⁴ ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 146.

Vergabekontrollbehörden und Zivilgerichte hintanhaltend soll⁷²⁵. Ziel ist daher die Vermeidung einer doppelten Beurteilung.

Die Zivilgerichte standen derartigen, auf § 1 UWG gestützten Unterlassungsansprüchen, allerdings bisher ablehnend gegenüber⁷²⁶. Diese Ablehnung wird vor allem damit begründet, dass zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Unterlassungskläger an sich kein Wettbewerbsverhältnis bestehe, sondern vielmehr nur ein, über die vom Unterlassungskläger zu beweisende Absicht, fremden Wettbewerb zu fördern, begründbares ad-hoc-Wettbewerbsverhältnis vorliegen könne⁷²⁷. Aus diesem Grund folgt man der – erstmals von *Casati* vertretenen – Meinung, dass ein Unterlassungsanspruch iSd UWG nur bei einem **offenkundigen Vergaberechtsverstoß** bestehen könne. *Casati* argumentiert in seiner Glosse zur Entscheidung „*Wasserwelt Amade*“⁷²⁸, dass wettbewerbsrechtliche Ansprüche nur bestehen, wenn zur Angebotslegung besondere Umstände hinzutreten, welche eine Verleitung zum Vergaberechtsverstoß begründen⁷²⁹. Diese Auffassung hat sich auch tatsächlich durchgesetzt und wird in der Rechtsprechung dadurch Rechnung getragen, dass nur **offensichtliche** Vergaberechtsverstöße als wettbewerbsrechtlich relevant angesehen werden⁷³⁰.

➔ **Der § 1 UWG:** Gem § 1 UWG kann derjenige auf Unterlassung und Schadenersatz geklagt werden, der im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen. Zum geschäftlichen Verkehr gehört jede selbstständige, wirtschaftliche Zwecke verfolgende Tätigkeit, in der eine Beteiligung am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt⁷³¹. Gebietskörperschaften und sonstige Rechtsträger des öffentlichen Rechts unterliegen den Vorschriften des UWG, soweit sie privatwirtschaftlich tätig werden (siehe Seite 14)⁷³². Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs setzt idR als objektives Kriterium ein Wettbewerbsverhältnis und als subjektives Merkmal

⁷²⁵ *Schuhmacher/Glanzer*, Vergaberecht und Bauvertragsrecht November 2011, Beschränkung des Rechtsschutzes nach dem UWG im Fall von Vergaberechtsverstößen? [Seite 403].

⁷²⁶ OLG Wien, 4 R 153/01a, OGH 29.1.2002, 4 Ob 20/02y, ZVB 2002, 179, OGH 14.3.2005, 4 Ob 260/04w, ÖBl 2005/46 (112).

⁷²⁷ *Aicher*, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 8].

⁷²⁸ OGH 4 Ob 155/99v; *Wasserwelt Amade*; *ecolex* 2000/126.

⁷²⁹ OGH 23.5.2006, 4 Ob 23/06w; ZVB 2006/88.

⁷³⁰ OGH 14.3.2005, 4 Ob 260/04w; OGH 14.3.2005, 4 Ob 262/04i.

⁷³¹ *Petra Reinbacher*, Schadenersatz im Vergaberecht, Rechtsschutz bei fehlerhafter Auftragsvergabe.

⁷³² *Rummel*, Unlauterer Wettbewerb, in *Koziol* (Hrsg.), Österreichisches Haftpflichtrecht II (1984).

Wettbewerbsabsicht voraus⁷³³. Ein Wettbewerbsverhältnis besteht zwischen Unternehmern, die sich an einen – im wesentlichen gleichen – Kreis von Abnehmern wenden. Eine Wettbewerbshandlung erfordert die Absicht, den eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines Mitbewerbers zu fördern. Sittenwidrig iSd § 1 UWG handelt derjenige, welcher einen subjektiv vorwerfbaren Verstoß gegen geltendes Recht setzt, um im Wettbewerb einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen. Nicht der wettbewerbsregelnde Charakter der übertretenen Norm ist entscheidend, sondern vielmehr die objektive Eignung des konkreten Verstoßes zur Beeinträchtigung des freien Leistungswettbewerbs⁷³⁴. Der § 1 UWG regelt sowohl Schadenersatz-, als auch Unterlassungsansprüche. Letztere stehen im Wettbewerbsrecht im Vordergrund.

Die Unterlassungsklage kann sich sowohl gegen den Auftraggeber, als auch gegen den Mitbewerber richten⁷³⁵. Ermöglicht oder fördert ein Mitbieter den Vergaberechtsverstoß des Auftraggebers, so besteht ein Unterlassungsanspruch gegen den störenden Mitbieter auf der Grundlage des § 1 UWG⁷³⁶. Gegen den **Mitbewerber** kann ein Unterlassungsanspruch auf der Grundlage des UWG allerdings nur dann gerichtlich geltend gemacht werden, wenn die Vergaberechtswidrigkeit so offensichtlich (siehe Seite 161) ist, dass dessen Angebotsabgabe nicht mit guten Gründen vertreten werden kann und daher als Aufforderung an den Auftraggeber zum Gesetzesverstoß verstanden werden muss⁷³⁷. Es kommt somit darauf an, dass der Gesetzesverstoß des Auftraggebers offenkundig erfolgt und auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruht. Ob diese Tatbestandselemente gegeben sind hat das **Zivilgericht** zu überprüfen.

Für die Unterlassungsklage ist es nicht notwendig, dass die Vergabekontrollbehörde den Vertrag nichtig erklärt. Vielmehr kann der Antragsteller mit der Unterlassungsklage gem § 1 UWG gegen den Auftraggeber vorgehen, indem er auf **Unterlassung der weiteren Vertragsabwicklung** klagt bzw eine Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistung, soweit dies noch möglich ist, verlangt.

⁷³³ Petra Reinbacher, Schadenersatz im Vergaberecht, Rechtsschutz bei fehlerhafter Auftragsvergabe.

⁷³⁴ OGH 28.10.1997 ÖBI 1998, 186.

⁷³⁵ Breitenfeld, Vergaberecht und unlauterer Wettbewerb in: ÖGEBAU (Hrsg), Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der ÖGEBAU (2008) 375ff.

⁷³⁶ OGH 13.9.1999, wbl 2000, 43.

⁷³⁷ OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99t = ecolex 2000, 297 (mit Anm Casati).

Auch bei einer unzulässigen **Direktvergabe** kann ein Bieter daher, mit einem Unterlassungsanspruch auf der Grundlage des UWG, gegen den Auftraggeber bzw. Mitbewerber vorgehen. Voraussetzung dafür ist ein vorgängiger Feststellungsbescheid iSd § 341 Abs 1 BVergG 2006⁷³⁸. Dieser Feststellungsbescheid kann nicht beantragt werden, wenn der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können⁷³⁹. Diese Ausschlussvoraussetzung wird jedoch in den Fällen der Direktvergabe fehlen, sodass ein Feststellungsbescheid erwirkt werden kann⁷⁴⁰.

➔ **Erläuterung des Rechtsschutzes nach dem UWG anhand eines Beispiels:** In der Folge werde ich mich ausführlicher mit der Entscheidung: OGH 23.5.2006, 4 Ob 23/06w⁷⁴¹ befassen. In diesem Fall wurde eine Direktvergabe offensichtlich rechtswidrig durchgeführt und dadurch ein Unterlassungsanspruch nach dem UWG begründet⁷⁴². Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin hatte, nachdem vorher die beklagte Mitbewerberin das LKH-Universitätsklinikum Graz mit einem Arzneimittel mit einem bestimmten Wirkstoff beliefert hatte, zwischenzeitlich den Lieferauftrag erhalten. Zuletzt hatte wieder die Beklagte das LKH beliefert. Nunmehr stand die Neuvergabe des Auftrags an. Der Auftraggeber (Steiermärkische Krankenanstaltengesellschaft mbH) informierte die Klägerin von der bevorstehenden Vergabe und lud sie ein, ein Angebot auf den mit zwölf Monaten befristeten Liefervertrag zu legen. Die Klägerin legte daraufhin ein Angebot. In weiterer Folge erfuhr die Klägerin jedoch, dass der Auftrag bereits an die Beklagte vergeben wurde. Der Lieferauftrag hatte ein Volumen von zumindest EUR 500.000,-. Der Grund für diese Direktvergabe war, dass das Universitätsklinikum der Krankenanstaltengesellschaft mbH mitgeteilt hat, dass eine Ausschreibung unterbleiben könne, wenn nicht mindestens zwei identische Präparate auf dem Markt verfügbar sind und das Produkt der Klägerin mit dem der zuletzt beliefernden Beklagten nicht völlig identisch ist.

Die Klägerin klagte daraufhin die erfolgreiche Mitbewerberin auf Unterlassung der

⁷³⁸ andere Ansicht, *Fink*, *ecolex* 2006, 100 (103).

⁷³⁹ § 332 Abs 5 BVergG 2006.

⁷⁴⁰ *Aicher*, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 8].

⁷⁴¹ ZVB 2006/88.

⁷⁴² *Aicher*, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 9 ff].

Belieferung wegen einer unzulässigen Direktvergabe. Gestützt wurde die Klage auf den § 1 UWG (sittenwidriger Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch infolge Ausnutzens eines Gesetzesbruches (Verletzung des BVergG) durch den Auftraggeber).

Zum Urteil: Der **OGH gab diesem Unterlassungsbegehren statt.**

Zunächst hielt er dabei fest, dass auch für einen auf das UWG gestützten Unterlassungsanspruch ein vorgängiger Feststellungsbescheid einer Vergabekontrollbehörde notwendig ist und dies auch dann, wenn die Beklagte nicht der Auftraggeber, sondern die erfolgreiche Mitbewerberin ist.

Daraufhin bestätigte der OGH die bisherige Rechtsprechung in der Ansicht, dass ein Gesetzesverstoß erst dann einen sittenwidrigen Wettbewerbsvorsprung begründet, wenn es sich um eine offenkundige Vergaberechtsverletzung handelt. In diesem Fall genügt aber – für den Unterlassungsanspruch gegen den daraus begünstigten Zuschlagsempfänger – das bloße Ausnutzen des Vergabeverstößes, ohne dass weitere Elemente auf Seiten der Beklagten (wie zB ein Verleiten dazu) hinzukommen müssen⁷⁴³.

Die Direktvergabe eines Auftrages mit einem geschätzten Auftragswert von ca EUR 500.000,- ist nach Ansicht des OGH eine **offenkundige Vergaberechtsverletzung**. Für einen fachkundigen Unternehmer muss es zweifelsfrei erkennbar sein, dass eine derartige Auftragsvergabe nicht im Wege einer Direktvergabe erfolgen darf. Vor diesem Hintergrund kommt der OGH zu Recht zu dem Ergebnis, dass die Direktvergabe eines Auftrages über dem Subschwellenwert jedenfalls offenkundig gegen das Vergaberecht verstößt. Damit folgt der OGH auch der Lehrmeinung von *Schramm/Öhler*⁷⁴⁴, die darauf verweisen, dass eine unzulässige Direktvergabe bereits offenkundig gegen ein Kernanliegen des Vergaberechts, nämlich die Durchführung eines transparenten Verfahrens unter Zugrundelegung eines fairen und lauterer Wettbewerbs, verstößt. Würde ein so rechtswidrig zustande gekommener Vertrag von der Rechtsgemeinschaft akzeptiert werden, würden die Bestimmungen des Vergaberechts gänzlich ad absurdum geführt werden⁷⁴⁵. In Wahrheit dürfte es sich allerdings um ein unzulässiges Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer gehandelt haben.

⁷⁴³ *Aicher*, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 8].

⁷⁴⁴ *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG-Kommentar 2002 (2005) [Rz 129] zu § 23.

⁷⁴⁵ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht, 2. Auflage.

Die Krankenanstaltengesellschaft mbH dürfte fälschlicherweise davon ausgegangen sein, dass man eine Ausschreibung dadurch vermeiden kann, indem ein Produkt über die darin enthaltenen Hilfsstoffe und über die Indikation so spezifiziert wird, dass nur mehr ein einziges Produkt in Frage kommt, obwohl es mehrere Produkte mit dem Wirkstoff gibt, auf den es ankommt⁷⁴⁶.

Eine weitere Erkenntnis aus diesem Urteil ist, dass die Beklagte sich auch auf einen Unterlassungsanspruch iSd UWG stützen kann, wenn der Vertrag nicht nichtig erklärt worden ist⁷⁴⁷. Damit wird nicht in die Rechte des Dritten eingegriffen, dem die schadenersatzrechtlichen Ansprüche aus der nun nicht mehr möglichen Vertragserfüllung gegen die Beklagte gewahrt bleiben⁷⁴⁸.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG ein wirksames Rechtsschutzinstrument im Bereich der unzulässigen Direktvergabe sein kann. Die Problematik der strengen Prozessvoraussetzungen, sowie die Beweisprobleme der offenkundigen Vergaberechtswidrigkeit und der Wettbewerbsverzerrung, stellen sich hier jedoch ebenfalls.

Kapitel 4.12: Rechtsschutz in den Ländern

Gem Art 14b Abs 3 B-VG ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber die gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG in den Vollziehungsbereich der Länder fallen, Landessache. Die Landesgesetzgeber haben auf dieser Kompetenzgrundlage unterschiedliche Regelungen über den Vergaberechtsschutz geschaffen. Es gibt daher in Österreich zwar ein einheitliches materielles Vergaberecht, jedoch zehn unterschiedliche Rechtsschutzgesetze⁷⁴⁹. Man kann daher von einer Zersplitterung des Rechtsschutzes sprechen (siehe Seite 84). Nun möchte ich auf die Besonderheiten im Bereich der Länder eingehen.

⁷⁴⁶ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 9 ff].

⁷⁴⁷ Dazu ist jedoch zu sagen, dass wohl nach derzeitigem Gesetzesstand auch eine Nichtigerklärung gem § 334 BVergG 2006 auszusprechen gewesen wäre.

⁷⁴⁸ Aicher, Zivilrechtliche Folgen von Vergabeverstößen, Skriptum aus dem Kurs: „Privatrechtliche Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe“ (WS 2010), [Seite 11].

⁷⁴⁹ Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz; Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz; Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz; Oberösterreichisches Vergaberechtsschutzgesetz 2006; Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007; Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz; Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006; Vorarlberger Vergabe-Nachprüfungsgesetz; Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007.

Als Rechtsschutzbehörden fungieren zumeist die unabhängigen Verwaltungssenate (UVS) in den Ländern. In Salzburg und Wien gibt es hingegen eigene Vergabekontrollsenate, die als Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag eingerichtet sind. All diese Einrichtungen erfüllen das Erfordernis eines Tribunals im Sinne des Art 6 EMRK⁷⁵⁰. Als Gerichte im Sinne des Art 267 AEUV sind sie damit zur Vorlage an den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens berechtigt⁷⁵¹.

In Kärnten (Ombudsstelle für Vergabewesen) und Niederösterreich (NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge) sind weitere Rechtsschutzbehörden eingerichtet. Die Kärntner Ombudsstelle für Vergabewesen ist dazu berufen in einem konkreten Vergabeverfahren wegen einer behaupteten Rechtswidrigkeit ein Vorverfahren vor dem eigentlichen Nachprüfungsverfahren durchzuführen⁷⁵². Diese Anrufung ist allerdings nicht zwingend und daher nur fakultativer Natur. Die Ombudsstelle gibt dann in der Folge eine Empfehlung ab. Diesen Anträgen auf Durchführung eines Vorverfahrens durch die Ombudsstelle kommt eine aufschiebende Wirkung zu⁷⁵³.

In Niederösterreich umfasst die Nachprüfung neben dem „klassischen“ Nachprüfungsverfahren (das sind das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung, das Verfahren zur Nichtigerklärung und das Feststellungsverfahren), auch das Schlichtungsverfahren bei der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge⁷⁵⁴. Die NÖ Schlichtungsstelle soll bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Auftraggeber und dem Unternehmer vermitteln⁷⁵⁵. Den Schlichtungsanträgen kommt dabei eine aufschiebende Wirkung zu⁷⁵⁶. Die Anrufung der Schlichtungsstelle ist zwar grundsätzlich verpflichtend, erfolgt aber keine Befassung der Schlichtungsstelle, dann haben die Regelungen des NÖ-Verg-NG über die zwingende Durchführung eines Schlichtungsverfahrens jedoch unangewendet zu bleiben und eine Zurückweisung des Antrages zur Nichtigerklärung

⁷⁵⁰ Die Vergabekontrollbehörde entscheidet schließlich über „civil rights“.

⁷⁵¹ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2147].

⁷⁵² § 3 Abs 1 KvergRG.

⁷⁵³ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2154].

⁷⁵⁴ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2155].

⁷⁵⁵ § 2 Abs 1 NÖVerg-NG.

⁷⁵⁶ § 3 Abs 2 NÖVerg-NG.

mangels Befassung der Schlichtungsstelle ist unzulässig⁷⁵⁷.

Auch in Tirol und Wien sind Schlichtungsverfahren vorgesehen. Diese erschöpfen sich jedoch darin, dass die Vergabekontrollbehörden im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens in bestimmten Fällen einen Schlichtungsversuch vornehmen sollen⁷⁵⁸. Diese Verfahren haben daher nur einen fakultativen Charakter.

Grundlage des behördlichen Vergabekontrollverfahrens in den Ländern bildet, wie auch auf Bundesebene, das AVG, welches subsidiär hinter den Vergaberechtsschutzgesetzen der Länder anzuwenden ist (siehe Seite 88)⁷⁵⁹.

Die Vergaberechtsschutzgesetze der Länder sind weitgehend mit den Bestimmungen des BVergG ident. Bei Detailfragen gibt es jedoch in einzelnen Fällen auch Unterschiede. In der Folge soll auf die wichtigsten Abweichungen (**unter spezieller Berücksichtigung der Vorschriften für die Direktvergabe**) eingegangen werden. Zu beachten ist dabei, dass auch die Länder die Vorgaben der Richtlinie 2007/66/EG umzusetzen haben (siehe Seite 103).

➔ **Besonderheiten im Nachprüfungsverfahren:** Alle Bundesländer (mit einer Ausnahme) gehen hinsichtlich der Festlegung von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen vom System des § 2 Z 16 BVergG 2006 (siehe Seite 89) aus. Vorarlberg hat hingegen – in einer Anlage zum Vorarlberger Vergabe-Nachprüfungsgesetz – einen **eigenen Katalog an gesondert anfechtbaren Entscheidungen** erstellt⁷⁶⁰. Dieser Katalog orientiert sich zwar am BVergG, sieht jedoch vereinzelt auch Abweichungen vor.

Hervorzuheben ist zum Beispiel, dass bei allen Verfahrensarten die „*Wahl eines Vergabeverfahrens ohne gesetzlich vorgeschriebene Vergabebekanntmachung*“ ausdrücklich als gesondert anfechtbare Entscheidung festgelegt ist⁷⁶¹. Es kann daher bei allen Vergabeverfahren ohne Vergabebekanntmachung – **und nicht nur bei der Direktvergabe** – die Wahl der jeweiligen Verfahrensart angefochten werden.

⁷⁵⁷ UVS NÖ 30.12.2004, SenatAB-04-0235 = RPA Slg 2005/15; *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2156].

⁷⁵⁸ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2157].

⁷⁵⁹ Art I Abs 2 lit A Z 2 EGVG; § 2 Abs 3 WVRG 2007 bzw § 13 S.VKG 2007.

⁷⁶⁰ § 2 Abs 1 VlbvVerg-NG.

⁷⁶¹ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2162].

Die Nicht-Zulassung zur Teilnahme an einem derartigen Verfahren kann vom nicht eingeladenen Unternehmer mit der „*Aufforderung zur Angebotsabgabe*“ angefochten werden, wobei hier natürlich nicht übersehen werden darf, dass eine derartige Anfechtung mangels Kenntnis des nicht eingeladenen Unternehmers nur selten möglich ist⁷⁶².

Hinsichtlich der Anfechtungsfrist ist geregelt, dass die unzulässige Wahl des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung „*bis zur Zuschlagerteilung*“ angefochten werden kann, sofern nicht schon die Zuschlagsentscheidung veröffentlicht wird (in diesem Fall ist die Anfechtung nur bis zu zehn bzw im Unterschwellenbereich bis sieben Tage nach Veröffentlichung möglich)⁷⁶³. Es gibt demnach – anders als auf Bundesebene (siehe Seite 90) – keine zeitliche Befristung für den Nachprüfungsantrag auf sieben Tage. Der Antrag muss jedoch spätestens bis zur Zuschlagerteilung eingebracht worden sein.

Eine weitere interessante Abweichung vom BVergG, enthält das Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (WVRG 2007). Der § 25 Abs 1 WVRG 2007 enthält die „**Verständigungsobliegenheit**“ des Antragstellers: Ist der Antragsteller der Ansicht, dass eine vom Auftraggeber getroffene Entscheidung rechtswidrig war, so obliegt es ihm, den Auftraggeber spätestens gleichzeitig mit der Erbringung des Antrages auf Nichtigerklärung elektronisch, mittels Telefax oder, falls dies nicht möglich ist, in sonstiger Weise von der beabsichtigten Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens zu verständigen. Sinn dieser Regelung ist, den Auftraggeber vor allfälligen Dispositionen – wie insbesondere einer allfälligen Zuschlagerteilung – zu warnen, weil die Verständigung des VKS Wien zu spät sein könnte⁷⁶⁴. Diese Verständigung hat jedoch keine aufschiebende Wirkung. Generell wird die Meinung⁷⁶⁵ vertreten, dass es sich bei dieser Verständigungsobliegenheit um eine lex imperfecta handelt, da die Regelung des § 25 Abs 1 WVRG 2007 nach den Gesetzesmaterialien nicht mehr zu den Zulässigkeitserfordernissen eines Antrages gehört⁷⁶⁶. *Walther/Hauck*⁷⁶⁷ empfehlen jedoch Antragstellern auch weiterhin diese Verständigung zu tätigen, zumal diese auch nicht mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden ist und einen Auftraggeber in bestimmten Fällen doch zum Zuwarten mit der Zuschlagerteilung bewegen könnte.

⁷⁶² *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2162].

⁷⁶³ § 7 Abs 1 lit c VlbVerg-NG.

⁷⁶⁴ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2165].

⁷⁶⁵ *Fössl*, Entscheidungsanmerkung, RPA 2007, 197.

⁷⁶⁶ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2165].

⁷⁶⁷ *Walther/Hauck in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2165].

➔ **Besonderheiten im Feststellungsverfahren:** Auch beim Feststellungsverfahren enthalten die Rechtsschutzgesetze der Länder gegenüber dem BVergG gewisse Abweichungen. So sehen die Vergabekontrollgesetze der Länder Kärnten, Vorarlberg und Wien **keine Kompetenz zur Verhängung von alternativen Sanktionen im Unterschwellenbereich** vor (siehe Seite 109). Anders als auf Bundesebene (hier beträgt die Grenze 20 %) beträgt die Höchstgrenze für Geldbußen in diesen Ländern – im Oberschwellenbereich – überdies lediglich 10 %. In § 36a Abs 6 WVRG 2007 ist außerdem geregelt, dass die Obergrenze der Geldbuße höchstens EUR 40.000,- beträgt; wenn im Einzelfall mit diesem Betrag im Hinblick auf die Bemessungsgründe des § 36a Abs 7 WVRG 2007 und die besondere Höhe der Auftragssumme nicht das Auslangen gefunden werden kann, kann eine Geldbuße bis zu einer Höhe von 20 % der Auftragssumme verhängt werden⁷⁶⁸. Ob in diesem Fall noch von einer „*abschreckenden Sanktion*“ iSd RMRL 2007/66/EG gesprochen werden kann, darf diskutiert werden.

Hinsichtlich der Nichtigkeitserklärung von Verträgen im Unterschwellenbereich gibt es für die Direktvergabe auch noch einen weiteren wichtigen Unterschied im Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006. Gem § 334 BVergG 2006 ist ein Vertrag im Unterschwellenbereich absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise offenkundig unzulässig war (siehe Seite 112). Hingegen sind nach § 3 Abs 3 Z 3 TVerg-NG Verträge **nur** in Fällen einer **offenkundig rechtswidrigen Direktvergabe** nichtig zu erklären, nicht aber auch bei einer offenkundig unzulässigen Wahl eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb⁷⁶⁹.

Auch das Vorarlberger Vergabe-Nachprüfungsgesetz beinhaltet Besonderheiten hinsichtlich der Nichtigkeitserklärung des Vertrages. Im Ergebnis kommen diese jedoch den Regelungen des BVergG sehr nahe (siehe Seite 107). So ist die Nichtigkeitserklärung des Vertrages gem § 4 Abs 3 lit a oder b Vorarlberger Vergabe-Nachprüfungsgesetz hier nur über Antrag eines Unternehmers möglich. Dieser Antrag ist aber nur zulässig, wenn im Feststellungsantrag festgestellt wird, dass a) das Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne Vergabebekanntmachung oder ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde oder b) die Zuschlags-, oder Widerrufsentscheidung rechtswidrigerweise nicht mitgeteilt

⁷⁶⁸ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2173].

⁷⁶⁹ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2174].

wurde oder c) der Zuschlag bei einer Vergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems unter Verstoß gegen die einschlägigen Bestimmungen des BVergG erteilt wurde⁷⁷⁰. Grundsätzlich hat das UVS Vorarlberg den Vertrag in jenen Fällen rückwirkend für unwirksam zu erklären, in welchen auch das BVA den Vertrag für nichtig zu erklären hat⁷⁷¹. Das Vertragsverhältnis darf jedoch gem § 14 Abs 2 VlbVerg-NG nicht rückwirkend für unwirksam erklärt werden, wenn der UVS Vorarlberg feststellt, dass a) der Antragsteller auch bei rechtmäßigem Verhalten keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte, bzw b) über Antrag des Auftraggebers feststellt, dass zwingende Gründe des Allgemeininteresses das Fortbestehen des Vertrages rechtfertigen, wobei wirtschaftliche Interessen als zwingende Gründe nur in Betracht kommen, wenn sie in keinem Zusammenhang mit dem Vertrag stehen und dazu führen, dass eine Unwirksamkeit des Vertrages unverhältnismäßige Folgen hätte oder c) dass der Vertrag gem § 15 Abs 1 oder 2 VlbVerg-NG aufgehoben wird. Im Unterschwellenbereich darf der Vertrag nicht ex tunc für nichtig erklärt werden, wenn der UVS Vorarlberger über Antrag des Auftraggebers feststellt, dass a) die Rechtsverletzung nicht offenkundig war oder b) von der Unwirksamklärung absieht, weil das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses – auch unter Berücksichtigung der jeweils betroffenen öffentlichen Interessen – das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses überwiegt.

➔ **Die Verfahrenskosten in den Ländern:** Hinsichtlich der (Pauschal-,)Gebühren haben die Länder unterschiedliche Regelungen in Form eigener Pauschalgebühren-Verordnungen getroffen⁷⁷². Daher sind die Gebührensätze in den Ländern unterschiedlich geregelt. Die Gebühren für eine Inanspruchnahme bei Direktvergaben betragen derzeit:

Burgenland	EUR 219,-
Kärnten	EUR 208,-

⁷⁷⁰ § 4 Abs 4 VlbVerg-NG.

⁷⁷¹ § 14 Abs 1 lit a bis c VlbVerg-NG.

⁷⁷² Burgenländische Pauschalgebühren-Verordnung (LGBl 2007/31); Kärntner Vergabe-Publikations- und Pauschalgebührenverordnung (LGBl 2008/82); NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung (LGBl 2007/2-0); OÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung (LGBl 2007/23); Salzburg: Verordnungsermächtigung der Landesregierung; Steiermärkische Vergabe-Pauschalgebührenverordnung (LGBl 2008/48); Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung (LGBl 2006/92); Vorarlberg: Verwaltungsabgabenverordnung für Vergabenachprüfungsverfahren (LGBl 2003/4 idF LGBl 2006/54); Kundmachung der Wiener Landesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Vergabekontrollsentates (LGBl 2009/50).

Niederösterreich	EUR 200,-
Oberösterreich	EUR 200,-
Salzburg	EUR 208,-
Steiermark	EUR 208,-
Tirol	EUR 208,-
Vorarlberg	EUR 153,-
Wien	EUR 219,-

Wie auf Bundesebene ist dabei grundsätzlich auch in den Ländern vorgesehen, dass der Antragsteller Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber hat, wenn er im Vergabekontrollverfahren auch nur teilweise obsiegt oder während eines anhängigen Vergabekontrollverfahrens klaglos gestellt wird (siehe Seite 135). Eine nennenswerte Abweichung sieht wiederum nur das Vorarlberger Vergabe-Nachprüfungsgesetz vor. Gem § 24 Abs 2 bis 4 VlbvVerg-NG hat der Antragsteller nämlich **stets nur Anspruch auf Ersatz der Hälfte der Gebühr**⁷⁷³. Dieser Ersatz von lediglich 50 % der Gebühr erscheint verfassungsrechtlich nicht unbedenklich⁷⁷⁴.

Anders als im Bundesbereich, in welchem keine Gebühren nach dem Gebührengesetz anfallen, gibt es im Bereich der Länder – aus Kompetenzgründen – keine vergleichbaren Bestimmungen⁷⁷⁵. Neben der Pauschalgebühr ist daher auch noch eine Eingaben-, und Beilagengebühr nach dem Gebührengesetz zu entrichten⁷⁷⁶.

Kapitel 4.13: Strafrecht im Zusammenhang mit der Direktvergabe

➔ **Verhinderung von Korruption als Ziel des Vergaberechts:** Eines der wesentlichen Ziele des Vergaberechts ist die Bekämpfung von **Korruption**. Verstöße gegen das Vergaberecht sind oft mit Schmiergeldzahlungen oder der Gewährung anderer Vorteile an Personen aus dem Umfeld des Auftraggebers oder eines Mitbewerbers verbunden. Diese Unrechtmäßigkeiten werden vom Begriff der Korruption umfasst. Dabei ist zu beachten, dass das StGB keinen einheitlichen Tatbestand der Korruption kennt. Für die strafrechtliche Erfassung dieser Verhaltensweisen, stehen hingegen eine Reihe von Tatbeständen zur

⁷⁷³ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2182].

⁷⁷⁴ Rosenkranz in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 2 Z 40 Rz FN 54.

⁷⁷⁵ Walther/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2184].

⁷⁷⁶ Rosenkranz in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 2 [Z 31].

Verfügung. Dabei spielt vor allem der § 153 StGB⁷⁷⁷ – die **Untreue** – eine wichtige Rolle⁷⁷⁸.

Der **Untreue** macht sich zusammengefasst strafbar, wer:

- a. Eine *Befugnis*, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten,
- b. *wissentlich*,
- c. *missbraucht* und so
- d. einen *Vermögensnachteil* zufügt⁷⁷⁹.

Untreue kann nur durch einen Machthaber verwirklicht werden. Diese Stellung kommt einer Person zu, der durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft die Vollmacht eingeräumt ist, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Im Zusammenhang mit der **Vergabe öffentlicher Aufträge** haben jene Personen die Position eines Machthabers, welche für die Zuschlagserteilung zuständig sind⁷⁸⁰. Diese sind nämlich aufgrund eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts (zB Dienstvertrag oder Gesellschaftsvertrag) mit Vollmacht über das Vermögen des Auftraggebers ausgestattet. Als Machthaber kommt daher zum Beispiel der Bürgermeister, bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages für die Gemeinde, in Betracht.

Ein solcher Machthaber missbraucht seine Befugnis, wenn er im Rahmen seines externen Könnens gegen ein internes Dürfen verstößt, bzw seine interne Vollmacht überschreitet⁷⁸¹. Auch die **rechtswidrige Umgehung einer öffentlichen Ausschreibung** kann eine Strafbarkeit wegen Untreue nach sich ziehen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Machthaber einen Auftrag direkt vergibt, obwohl die Schwellenwerte des § 41 Abs 2 BVergG 2006 überschritten wurden. Führt dieser Befugnismissbrauch, welcher wissentlich

777

§ 153 StGB

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer durch die Tat einen 3 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

⁷⁷⁸ Heid Schiefer Rechtsanwältin, Vergaberecht INFO-Letter, Ausgabe 8/September 2007.

⁷⁷⁹ Fuchs/Reindl, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2003.

⁷⁸⁰ Hochmayr, Wirtschaftskriminalität und Vergaberecht, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftsrecht (2008) 109.

⁷⁸¹ Fuchs/Reindl, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2003.

erfolgen muss, zu einem Vermögensschaden des Auftraggebers, so ist die Untreue verwirklicht⁷⁸².

Der Vermögensschaden liegt in jenem Differenzbetrag, welcher nun rechtswidrigerweise mehr geleistet werden muss. Für den Fall, dass rechtswidrigerweise nicht der Bestbieter den Zuschlag erhalten hat, stellt somit der Vermögensschaden jenen Betrag dar, welcher nun **mehr** an den Zuschlagsempfänger geleistet werden muss. Dieser Betrag wird naturgemäß höher sein, als jener Betrag welcher an den eigentlichen Bestbieter zu leisten gewesen wäre.

➔ **Die untreue Direktvergabe dargestellt anhand eines Beispiels:** Ich gehe jetzt zum Beispiel von einem Sachverhalt aus, in welchem ein öffentlicher Auftrag idH eines geschätzten Auftragswertes von EUR 200.000,- wissentlich unzulässig direkt vergeben wird. Wie hoch ist in diesem Fall der Vermögensschaden iSd § 153 StGB? Um diese Frage zu beantworten müsste man wohl (ähnlich wie beim zivilrechtlichen Schadenersatz (siehe Seite 155)) von einem hypothetischen Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ausgehen. Hätte ein (Best-) bzw Billigstbieter in einem solchem Verfahren zB ein Angebot von EUR 150.000,- gelegt, so wäre der Differenzbetrag von EUR 50.000,- der Vermögensschaden iSd § 153 StGB. Anstatt EUR 200.000,- hätte der „Staat“ nur EUR 150.000,- zahlen müssen. Jedoch ist zu sagen, dass bei einem Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung dem Auftraggeber höhere Verfahrenskosten entstehen als bei einer Direktvergabe (siehe Seite 27). Diese Mehrkosten müsste man von dem oben ermittelten Differenzbetrag von EUR 50.000,- abziehen. Schließlich wären sie dem Auftraggeber ja auch tatsächlich bei einer korrekten Vorgehensweise erwachsen. Gehe ich jetzt etwa davon aus, dass die Verfahrenskosten bei einem Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zB EUR 30.000,-⁷⁸³ betragen, so hätte sich der Auftraggeber bei einer korrekten Vorgehensweise lediglich EUR 20.000,- erspart. Diesen Betrag hätte die öffentliche Hand – bei rechtmäßiger Vergabe – nicht leisten müssen. Daher müsste man in diesem Fall von einem Vermögensschaden iSd § 153 StGB idH von EUR 20.000,- ausgehen.

Da die weiteren Tatbestandsmerkmale – *wissentlicher Missbrauch der Befugnis* – erfüllt sind, ist die Untreue verwirklicht. Wirkt ein begünstigter Bieter bei diesen Vorgängen mit dem

⁷⁸² Hochmayr, Wirtschaftskriminalität und Vergaberecht, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftsrecht (2008) 109.

⁷⁸³ RA Dr. Kurt Dullinger meint, dass die Verfahrenskosten (exklusive Kosten für den Rechtsanwalt bzw für allfällige Sachverständigengutachten) bei einem Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nie unter EUR 25.000,- liegen.

Machthaber zusammen, so kann er sich wegen Beteiligung an der Untreue strafbar machen⁷⁸⁴.

➔ **Weitere strafrechtliche Delikte im Vergaberecht:** Bei einer unzulässigen Direktvergabe kommen – neben der Untreue – auch noch folgende strafrechtliche Delikte in Betracht⁷⁸⁵: Die Geschenkkannahme durch Machthaber (§ 153a StGB), Verletzung eines Amtsgeheimnisses (§ 310 StGB) sowie die Fälschung eines Beweismittels (§ 293 StGB).

Jedoch ist festzuhalten, dass Verletzungen des Vergaberechts keine Strafbarkeit wegen Amtsmissbrauch iSd § 302 StGB begründen. § 302 StGB setzt voraus, dass der Beamte „*in Vollziehung der Gesetze*“ handelt. Das bedeutet, dass der Beamte im Bereich der Hoheitsverwaltung handeln muss. Das Vergaberecht wird jedoch in der Form der Privatwirtschaftsverwaltung vollzogen (siehe Seite 14). Da der Beamte im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe nicht in den Formen der Hoheitsverwaltung (Verordnung, Bescheid oder Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls-, und Zwangsgewalt handelt), sondern mit zivilrechtlichen Instrumenten agiert, kommt eine Strafbarkeit wegen Amtsmissbrauch daher nicht in Betracht⁷⁸⁶.

Das Strafrecht hat also auch für die **Direktvergabe** eine wichtige – vor allem – **präventive Bedeutung**. Wie sich bisher gezeigt hat, stellt sich der Rechtsschutz im Bereich der Direktvergabe für den übergangenen Bieter als sehr beschwerlich dar. Vor allem die Tatsache, dass der übergangene Bieter von der unzulässigen Direktvergabe zumeist nichts erfährt, führt dazu, dass man zu Recht von einem „*Schlupfloch*“⁷⁸⁷ im Vergaberecht sprechen kann. Daher kann man die Frage aufwerfen, ob es Sinn macht, die Höhe der Strafen anzuheben, um auf diese Weise die Anzahl der unzulässigen Direktvergabe zu reduzieren?

Spezialthema: Strafrechtliche Generalprävention zur Verhinderung unzulässiger Direktvergaben

Das Strafrecht soll dazu dienen, den sozialen Schaden, den ein Verbrechen anrichtet, zu verhindern. So hat das Strafrecht nach der *Zwecktheorie*⁷⁸⁸ dem Schutz der menschlichen

⁷⁸⁴ Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 6. Auflage, siehe [Seite 285 ff].

⁷⁸⁵ wobei diese Aufzählung nicht taxativ ist.

⁷⁸⁶ Hochmayr, Wirtschaftskriminalität und Vergaberecht, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Wirtschaftsrecht (2008) 109.

⁷⁸⁷ Katary, Schlupfloch Direktvergabe?, Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht (2003).

⁷⁸⁸ Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 6. Auflage, [Seite 10].

Gesellschaft zu dienen. Der Sinn des Strafrechts liegt somit darin, durch Einwirken auf die Allgemeinheit (**Generalprävention**) und durch Einwirkung auf den einzelnen Täter (**Spezialprävention**), künftige Straftaten zu verhindern. Während die Schuld täterbezogen in die Vergangenheit schaut, sieht die Prävention täter-, und gemeinschaftsbezogen in die Zukunft⁷⁸⁹.

Um die Generalprävention zu erklären hat *Paul Anselm von Feuerbachs* die „*Lehre vom psychologischen Zwang*“⁷⁹⁰ entwickelt: Wer sich mit dem Gedanken trägt, seine Probleme durch eine Straftat zu lösen, der verbindet mit seinen Überlegungen Lustgefühle. Diese können durch Unlustgefühle kompensiert werden, die der Gedanke an die drohende Bestrafung verursacht, so dass es insgesamt doch besser erscheint, auf die Ausführung der Straftat zu verzichten. Damit steht die motivatorische Kraft der Strafdrohung im Vordergrund.

Neben dieser Abschreckung kommt bei der Generalprävention auch noch die Rechtsbewährungswirkung der Strafe hinzu⁷⁹¹. Die Generalprävention verhindert damit, dass der gesetzestreue Bürger, der sich an Regeln hält, nicht als Dummer da steht, welcher zu feige war, sich einen Vorteil zu verschaffen. Es bezweckt somit, dass sich „Verbrechen eben doch nicht lohnen“⁷⁹².

Stellt sich nun die Frage, ob es sinnvoll bzw überhaupt zulässig ist, eine **Strafe anzuheben**, um so ein **bestimmtes Verhalten** (wie etwa die untreue (im Sinne des § 153 StGB) Direktvergabe) zu verhindern?

Nach der Lehre des Behaviorismus⁷⁹³ wird unter Strafe die Präsentation eines unangenehmen Reizes (sog positive Bestrafung) oder die Entfernung/Vorenthaltung eines angenehmen Reizes (sog negative Bestrafung) verstanden. Damit die Strafe das unerwünschte Verhalten **effektiv abbaut**, müssen bestimmte Bedingungen erfüllt sein. Dazu gehören⁷⁹⁴:

- die Strafe muss erkennbar mit dem Verhalten zusammenhängen, also ua zeitnahe

⁷⁸⁹ Reinhard Moos, Richter und Strafrechtsnorm, JBl 1996, 345.

⁷⁹⁰ Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 6. Auflage, [Seite 10].

⁷⁹¹ Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 6. Auflage, [Seite 12].

⁷⁹² Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 6. Auflage, [Seite 12].

⁷⁹³ Der Behaviorismus (abgeleitet vom amerikanisch-englischen Wort behavior, „Verhalten“) ist ein wissenschaftstheoretischer Standpunkt, der zugrunde legt, dass das Verhalten von Menschen und Tieren mit den Methoden der Naturwissenschaft untersucht werden kann.

⁷⁹⁴ <http://de.wikipedia.org/wiki/Strafe> (24.11.2011).

erfolgen,

- die Strafe **muss jedes Mal erfolgen**, wenn das unerwünschte Verhalten gezeigt wird,
- die Strafe muss von Anfang an massiv sein, stufenweises Steigern funktioniert nicht,
- es muss eine alternative, erwünschte Verhaltensweise möglich sein und verstärkt werden.

Die Abschreckungswirkung (Generalprävention) einer Strafe hängt daher vor allem vom **Grad der Wahrscheinlichkeit einer Sanktionierung** ab⁷⁹⁵. Hingegen hat die Kognitive Psychologie gezeigt, dass **harte Strafen oft nicht wirken**, zum einen, weil sie Widerstand provozieren, zum anderen, weil sie als externe Rechtfertigung nur solange funktionieren, wie der Strafende anwesend ist⁷⁹⁶. Die Höhe der Strafe ist somit nicht der entscheidende Faktor. Vielmehr haben Studien erwiesen, dass Überreaktionen des Gesetzgebers die Wirksamkeit des Strafrechtes nicht erhöhen, sondern sogar vermindern. *„Denn nicht eine übertrieben hohe, sondern die gerechte Strafe wirkt generalpräventiv am besten“*⁷⁹⁷.

Analytisch betrachtet errechnet sich somit die Abschreckungswirkung einer Strafe aus einer Multiplikation der Höhe der Sanktion für den Fall ihrer tatsächlichen Verhängung mit der Wahrscheinlichkeit, dass es überhaupt zu einer Verhängung kommt. Dabei stellt sich die Wahrscheinlichkeit der Sanktionierung als die Summe der einschlägigen Unwahrscheinlichkeiten (Wahrscheinlichkeit der Tatentdeckung, einer Anzeige, der Tätersausforschung, einer Anklage, einer Verurteilung im Verfahren etc) dar⁷⁹⁸. Im Ergebnis bestimmt sich daher die generalpräventive Wirkungskraft der Strafe nicht nach der absoluten Höhe der angedrohten Sanktion, sondern nach deren **Erwartungswert**⁷⁹⁹.

Für die Wirksamkeit einer Sanktion ist die Aufklärungsquote somit der entscheidende Faktor. Diese Aufklärungsquote ist bei der „untreuen“ Direktvergabe freilich gering. Die Bestrafung bleibt aufgrund der mangelnden Publizität des Vergabevorganges zumeist aus. Nach dem Motto: *„Es wird schon nix passieren“*.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die **Anhebung der Strafdrohung für untreue**

⁷⁹⁵ Peter Lewisch, Regional unterschiedliche Strafpraxis: Gut oder Schlecht?, JRP 2001, 82.

⁷⁹⁶ <http://de.wikipedia.org/wiki/Strafe> (24.11.2011).

⁷⁹⁷ Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 6. Auflage, [Seite 13].

⁷⁹⁸ Peter Lewisch, Regional unterschiedliche Strafpraxis: Gut oder Schlecht?, JRP 2001, 82.

⁷⁹⁹ Peter Lewisch, Regional unterschiedliche Strafpraxis: Gut oder Schlecht?, JRP 2001, 82.

Direktvergaben iSd § 153 StGB, **nicht den gewünschten positiven Effekt** zeigen würde. Zudem wäre eine zu Hohe Strafdrohung auch verfassungsrechtlich bedenklich. Schließlich soll das Strafrecht so zurückhaltend wie nur möglich sein, um das Ziel des Gesellschaftsschutzes zu erreichen.

➔ **Der „Code of Conduct“:** Unter dem Gesichtspunkt der Generalprävention im Bereich der unzulässigen Direktvergabe ist weiters der **„Code of Conduct“** für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Öffentlichen Dienst zu nennen. Dieser wurde 2010 zur Verhinderung von Korruption ausgearbeitet und publik gemacht⁸⁰⁰. Dieser Verhaltenskodex schafft jedoch keine neuen Regelungen und Verhaltensstandards für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im öffentlichen Dienst. Er ist vielmehr im Bereich des **„soft-law“** anzusiedeln und erklärt die derzeit bereits geltenden Regelungen in klarer und einfacher Weise. Er ist ein Instrument der Korruptionsprävention und nicht ihrer direkten Bekämpfung beziehungsweise der Repression. Er dient daher in erster Linie der Sensibilisierung und Bewusstseinsschärfung der Mitarbeiterinnen, Mitarbeiter und Führungskräfte, der Orientierung und Sicherheit und soll Impulse geben für einen ständigen Diskussionsprozess zu Themen wie Korruption und Interessenkonflikte⁸⁰¹.

Der Code of Conduct:

- erläutert auf Grundlage der geltenden Rechtslage (Dienstrecht, Strafrecht,...) klar und leicht verständlich, wo potenzielle Interessenkonflikte und korruptionsgefährdete Situationen liegen,
- gibt den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Richtlinien und Anhaltspunkte zur Bewältigung solcher Interessenkonflikte und Situationen,
- macht Führungskräfte und Organisationsverantwortliche auf ihre spezielle Verantwortung im Bereich der Korruptionsprävention aufmerksam,
- spricht alle Mitarbeiterinnen, Mitarbeiter und Führungskräfte direkt an und
- ist dabei offen genug formuliert, um für den „Einsatz“ in allen Gebietskörperschaften geeignet zu sein⁸⁰².

Zusammenfassend kann zum „Code of Conduct“ für den öffentlichen Dienst gesagt werden, dass er – aufgrund mangelnder Sanktionen – unter einer geringen Effektivität leidet. Diesem

⁸⁰⁰ Bundeskanzleramt Österreich, <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=40150>.

⁸⁰¹ Bundeskanzleramt Österreich, <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=40150>.

⁸⁰² Bundeskanzleramt Österreich, <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=40150>.

Umstand könnte man etwa durch arbeitsrechtliche Sanktionen entgegentreten. Auch ein subjektives Bieterrecht auf Ablehnung einer potenziell befangenen Person wäre überlegenswert⁸⁰³.

Kapitel 4.14: Rechtsschutz durch die europäischen Instanzen

Aufgrund der engen Verzahnung zwischen dem nationalen Vergaberecht und dem Unionsrecht (siehe Seite 15), stellt ein Verstoß gegen eine Bestimmung des BVergG zugleich auch eine Verletzung der „dahinterstehenden“ unionsrechtlichen Vorgabe dar. Unterlässt der öffentliche Auftraggeber etwa im Oberwellenbereich eine unionsweite Bekanntmachung, so verstößt er einerseits gegen den § 50 BVergG 2006⁸⁰⁴ und andererseits gegen die Art 35⁸⁰⁵ ff der Richtlinie 2004/18/EG.

Neben dem nationalen Rechtsschutz vor den österreichischen Instanzen kann es demnach parallel dazu, und zum Teil auch unabhängig davon, zu einem **Verfahren vor dem EuGH, bzw der Kommission** kommen.

➔ **Das Vertragsverletzungsverfahren:** Bei einer unzulässigen Direktvergabe kann zum einem das **Vertragsverletzungsverfahren** gem Art 258 AEUV eine Rolle spielen. Aktiv klageberechtigt ist dabei die Kommission. Passiv klageberechtigt sind die Mitgliedstaaten. Wenn ein Mitgliedstaat der Meinung ist, dass ein anderer Staat *„gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag verstoßen hat“*, haben auch Mitgliedstaaten ein aktives Klagerecht. In der Praxis nehmen die Mitgliedstaaten diese Möglichkeit jedoch kaum wahr⁸⁰⁶. Das bedeutet wiederum, dass zur Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens ein, in seinen subjektiven Rechten verletzter Bieter oder Bewerber, keine Möglichkeit hat.

Jedoch hat der einzelne Bieter oder Bewerber die Möglichkeit, eine Beschwerde an die Kommission zu erheben, um die Verfahrenseinleitung **anzuregen**. Ziel einer solchen Beschwerde ist ein administratives Mahnverfahren der Kommission gegen einen Mitgliedstaat, das in einem Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH münden kann⁸⁰⁷. Zu einer solchen „Anregungs-Beschwerde“ ist jedermann berechtigt. Also nicht nur der konkret betroffene Bieter/Bewerber sondern auch ein am Vergabeverfahren unbeteiligter Dritter (zB

⁸⁰³ Heid Schiefer Rechtsanwälte, Vergaberecht INFO-Letter, Ausgabe 8/September 2007.

⁸⁰⁴ § 50 BVergG 2006 – Bekanntmachung auf Gemeinschaftsebene.

⁸⁰⁵ Artikel 35 der RL 2004/18/EG – Bekanntmachung.

⁸⁰⁶ Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Rz 578].

⁸⁰⁷ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2215].

Interessenverbände wie die Kammern⁸⁰⁸) wobei die Kommission ein Formblatt erstellt hat, um die Erhebung der Beschwerde zu vereinfachen⁸⁰⁹. Die tatsächliche Einleitung eines Mahnverfahrens liegt dann jedoch im Ermessen der Kommission. Dabei kommt dem Beschwerdeführer keine Parteistellung zu. Die Kommission ist bei der Ermessensentscheidung nicht an die vorgebrachten Beschwerdepunkte gebunden. Sie kann daher auch nicht bemängelte Punkte aufgreifen. Ein Untätigbleiben der Kommission kann nicht bekämpft werden⁸¹⁰. Für die Einbringung, welche im übrigen auch im Unterschwellenbereich erfolgen kann, ist in der Praxis darauf zu achten, dass genügend Beweismittel vorgelegt werden⁸¹¹. Die Kommission ist so früh wie möglich zu kontaktieren, sodass für die Durchführung des Vertragsverletzungsverfahrens (mit ihren einzelnen Stufen) genügend Zeit verbleibt.

Durch das **Mahnschreiben** wird das Vertragsverletzungsverfahren dann schließlich eingeleitet. Das Mahnschreiben hat die Funktion, dass sich der Mitgliedstaat zu den Vorwürfen äußern kann.

Danach erfolgt seitens der Kommission eine **mit Gründen versehene Stellungnahme**. Mit dieser Stellungnahme ist das Vorverfahren abgeschlossen. Das Vorverfahren dient dazu, die außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten zu ermöglichen bzw dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, einen Rechtsverstoß zu beseitigen, bevor er mit der Klage überzogen wird, und damit die Inanspruchnahme des EuGH zu reduzieren⁸¹². Aus dieser Funktion ergibt sich auch, dass in der Stellungnahme nur jene Punkte aufgegriffen werden dürfen, welche bereits im Mahnschreiben genannt wurden.

Kommt der Mitgliedstaat der begründeten Stellungnahme nicht fristgerecht nach, erfolgt schließlich die **Klage beim EuGH**.

Damit ergibt sich beim Vertragsverletzungsverfahren folgender Ablauf⁸¹³:

(Gegebenenfalls Einleitung via Beschwerde durch einzelnen Bieter oder Bewerber)

1. Mahnschreiben an den Mitgliedstaat

⁸⁰⁸ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2215].

⁸⁰⁹ Abrufbar im Internet unter http://ec.europa.eu/community_law/your_rights/your_rights_forms_de.htm.

⁸¹⁰ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2215].

⁸¹¹ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2215].

⁸¹² Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Rz 580].

⁸¹³ Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Rz 579].

2. Mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission an den Mitgliedstaat
3. Klage an den EuGH nach Nichtbefolgung der Stellungnahme seitens des Mitgliedstaates innerhalb der gesetzten Frist.

In der Folge überprüft der EuGH ob tatsächlich eine Verletzung der „*Verpflichtungen aus den Verträgen*“ vorliegt. Von diesen Verpflichtungen werden einerseits die Verpflichtungen aus dem Primärrecht (vor allem EUV und AEUV, aber auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze), andererseits aber auch die verbindlichen Rechtshandlungen der EU-Organe (vor allem Verordnungen und Richtlinien) umfasst. Daher kann mit diesem Rechtsschutzinstrument auch eine Verletzung bspw der Vergaberichtlinie aufgegriffen werden. Der Verstoß gegen eine solche Verpflichtung kann einerseits darin bestehen, dass ein Mitgliedstaat das Unionsrecht nicht, unvollständig oder verspätet durchführt, wenn zB eine Vergaberichtlinie nicht bzw nur unvollständig oder zu spät umgesetzt wird, oder eine (nationale) Rechtsvorschrift schafft oder beibehält, die dem EU-Recht widerspricht, wenn zB eine Vergaberichtlinie fehlerhaft umgesetzt wurde⁸¹⁴.

Weiters verstößt ein Mitgliedstaat auch dann gegen diese Verpflichtungen, wenn der öffentliche Auftraggeber im **konkreten Vergabeverfahren** gegen die sekundärrechtlichen Vorgaben verstößt. Das Verhalten des öffentlichen Auftraggebers wird somit dem jeweiligen Mitgliedstaat zugerechnet. Diese Zurechnung erscheint bei einem Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006 (Gebietskörperschaften) völlig klar. Auch hinsichtlich des Auftraggebers im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 und 3 BVergG 2006 („staatsnahe“ Einrichtungen und Verbände aus Auftraggebern im Sinne § 3 Abs 1 Z 1 oder Z 2 BVergG 2006) ist diese Zurechnung einleuchtend. Interessanter wird die Zurechnungsfrage jedoch dann im Sektorenbereich (siehe Seite 66). Kann man das Verhalten eines privaten Sektorenauftraggebers iSd § 166 BVergG 2006⁸¹⁵ noch dem jeweiligen Mitgliedstaat zurechnen?

In der Folge erlässt – oder auch nicht – der EuGH ein Feststellungsurteil. Der Mitgliedstaat ist dazu verpflichtet die im Urteil genannten Maßnahmen umzusetzen. Die Nichtbefolgung dieses Urteils stellt eine erneute Vertragsverletzung dar. Es folgt daher ein erneutes

⁸¹⁴ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2209].

⁸¹⁵ Private Sektorenauftraggeber sind private (!) Unternehmen welche eine Sektorentätigkeit ausüben und über besondere oder ausschließliche Rechte verfügen. Als ein solches ausschließliches Recht qualifizierte das BVA in der Entscheidung, BVA 9.5.2005, 16N-36/05-05 etwa die Zivilflugplatzbewilligung gem § 68 Luftfahrtgesetz. Damit wurde der Flughafen Wien als privater Sektorenauftraggeber eingestuft. Seine Auftragsvergaben unterliegen somit dem BVergG (jedoch nur den verdünnten Sektorenregelungen (siehe Seite 66)).

Vertragsverletzungsverfahren. Da diese Fälle der „zweiten Verurteilung“ zugenommen haben, wurde mit dem Vertrag von Maastricht die Möglichkeit eingeführt gegen den säumigen Mitgliedstaat einen Pauschalbetrag oder ein Zwangsgeld zu verhängen⁸¹⁶. Bei einem schwerwiegenden und fortdauernden Verstoß kann der Pauschalbetrag auch neben dem Zwangsgeld verhängt werden⁸¹⁷. Der Pauschalbetrag beträgt derzeit für Österreich EUR 2.420.000,-. Die Höhe des Zwangsgeldes ist abhängig von der Schwere und Dauer des Verstoßes.

Im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens kann der EuGH über Antrag der Kommission nach Art 279 AEUV – sofern die Kommission „rasch handelte“, auch noch nach der Zuschlagserteilung – eine einstweilige Anordnung treffen⁸¹⁸. Mit dieser einstweiligen Anordnung kann der EuGH einen Mitgliedstaat zum Beispiel verpflichten, die Vergabe eines öffentlichen Auftrages bis zur Urteilsverkündung des EuGH auszusetzen. Einem Mitgliedstaat kann außerdem auch aufgetragen werden, einen bereits vergebenen Auftrag einstweilig auszusetzen. Der EuGH kann durch die einstweilige Anordnung sogar in ein laufendes Vergabeverfahren eingreifen und dieses vorübergehend stoppen. Von dieser Möglichkeit macht der EuGH allerdings nur äußerst selten Gebrauch⁸¹⁹.

➔ **Das Vorabentscheidungsverfahren:** Neben dem Vertragsverletzungsverfahren spielt das **Vorabentscheidungsverfahren** gem Art 267 AEUV eine wichtige Rolle im Bezug auf den Rechtsschutz vor den europäischen Instanzen bei Vergaberechtsverstößen.

Das Vorabentscheidungsverfahren soll die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf das EU-Recht gewährleisten. Über die Hälfte aller beim EuGH anhängigen Verfahren sind Vorabentscheidungsverfahren⁸²⁰.

Das Vorabentscheidungsverfahren stellt – formell betrachtet – eine vorübergehende Unterbrechung des nationalen Vergabeverfahrens dar. Ist ein nationales Gericht hinsichtlich der Auslegung oder Gültigkeit von Unionsrecht unsicher, so hat (kann) dieses das laufende Verfahren zu unterbrechen und diese Angelegenheit dem EuGH vorzulegen. Auslegungsfragen können sämtliche Quellen des Unionsrechtes betreffen. Gültigkeitsfragen hingegen nur sekundäres und tertiäres Gemeinschaftsrecht, für das das primäre Unionsrecht

⁸¹⁶ Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Rz 583].

⁸¹⁷ EuGH, Rs. C-304/02, Kommission/Frankreich.

⁸¹⁸ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2211].

⁸¹⁹ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2211].

⁸²⁰ <http://de.wikipedia.org/wiki/Vorabentscheidungsverfahren> (14.1.2012).

der Prüfungsmaßstab ist⁸²¹. In diesem Fall muss (kann) eine abstrakt formulierte Rechtsfrage über die Auslegung der entsprechenden Bestimmung des Unionsrechts an den EuGH gestellt werden, wenn diese Frage für den Ausgang des nationalen Vergabekontrollverfahrens von entscheidender Bedeutung ist, also eine präjudizielle Vorfrage darstellt⁸²².

Die Vorabentscheidung des EuGH ergeht in einem Urteil. Mit diesem Urteil wird klargestellt wie eine Bestimmung, bereits im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens, zu verstehen war. Die Vorabentscheidung hat daher eine zeitliche Rückwirkung. Somit hat die Vorabentscheidung keine rechtsändernde oder rechtserzeugende Wirkung, sondern stellt lediglich klar wie eine Bestimmung auszulegen ist. Diese zeitliche Rückwirkung kann in der Praxis eine massive Auswirkung haben. Daher hat der EuGH in Analogie zu Art 264 Abs 2 AEUV auch eine Begrenzung der zeitlichen Wirkung von Vorabentscheidungen angenommen⁸²³. Diese Begrenzung stellt allerdings nur einen Ausnahmefall dar. Bspw kann hier das Vorliegen eines Vertrauenstatbestandes oder die Gefahr unerwarteter und erheblicher finanzieller Auswirkungen genannt werden. Die Begrenzung der zeitlichen Rückwirkung kann zudem nur dann angenommen werden, wenn diese im jeweiligen Urteil ausgesprochen wird⁸²⁴.

Stellt sich nun die Frage, welche „*Gerichte eines Mitgliedstaates*“ zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sind und welche wiederum nur eine fakultative Möglichkeit dazu haben? Der Begriff „Gericht“ ist unionsrechtlich zu interpretieren. Ein Gericht in diesem Sinne muss nach übereinstimmender Meinung folgende Eigenschaften erfüllen⁸²⁵:

- Der Spruchkörper setzt sich aus unabhängigen Mitgliedern zusammen;
- Der Spruchkörper ist im nationalen Recht als streitentscheidende Institution vorgesehen und ordnungsgemäß gebildet worden;
- Der Spruchkörper unterliegt rechtsstaatlichen Verfahrensregelungen;
- Die Entscheidungen des Spruchkörpers haben einen Rechtsprechungscharakter.

Folgende „Gerichte“ sind somit als „*Gerichte eines Mitgliedstaates*“ zu qualifizieren: Der **VwGH**, der **VfGH**, das **BVA**, die **UVS** und die besonderen Vergabekontrollbehörden der

⁸²¹ Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Rz 632].

⁸²² R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2212].

⁸²³ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2213].

⁸²⁴ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2214].

⁸²⁵ Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Rz 643].

Länder (VKS Salzburg, VKS Wien). Den Schlichtungskommissionen/Ombudsstellen der Länder (siehe Seite 166) kommt hingegen keine Gerichtseigenschaft (in diesem Sinne) zu⁸²⁶.

Eine **Verpflichtung** zur Vorlage an den EuGH trifft ein nationales „Gericht“ nur dann, wenn dessen Entscheidung selbst nicht mehr angefochten werden kann und somit letztinstanzlich ergeht. Die Vorlageverpflichtung trifft somit unter anderem den VwGH sowie den VfGH. Unter bestimmten Umständen kann jedoch auch diese Vorlageverpflichtung entfallen. Insbesondere der französische Conseil d'Etat vertrat die Auffassung, dass die Vorlageverpflichtung dann entfalle, wenn keine vernünftigen Zweifel an der Gültigkeit oder Auslegung des einschlägigen Gemeinschaftsrecht bestehen können⁸²⁷. Man spricht in diesem Zusammenhang von der sogenannten „Acte-Clair“-Theorie. Kein vernünftiger Zweifel kann nur dann bestehen, wenn der EuGH über eine gleichlautende Frage bereits entschieden hat, wenn bereits eine gesicherte Rechtsprechung des EuGH existiert, oder die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig ist.

Hingegen sind das BVA und die jeweiligen Vergabekontrollbehörden der Länder (VKS, UVS) **nicht** im Sinne des Art 267 Abs 3 AEUV **vorlagepflichtig**. Ihre Entscheidung können noch vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes bekämpft werden und ergehen demnach nicht in letzter Instanz. Diese „Gerichte“ haben jedoch gemäß Art 267 Abs 2 AEUV ein fakultatives **Vorlagerecht**. Will jedoch ein nationales „Instanzengericht“ von der bisherigen Rechtsprechung des EuGH abweichen, so besteht in diesem Fall ebenfalls eine Vorlageverpflichtung. Selbiges gilt, wenn dieses Gericht Sekundärrecht für ungültig hält. Das freiwillige Vorlagerecht darf durch nationale Bestimmungen nicht erschwert oder gar ausgeschlossen werden. Eine Partei des nationalen Vergabekontrollverfahrens kann die Vorlage an den EuGH lediglich anregen, weil sie kein prozessuales Recht auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens hat⁸²⁸.

Kommt ein „Gericht“ seiner Vorlageverpflichtung nicht nach, so kann die Kommission gegen den betreffenden Mitgliedstaat eine Vertragsverletzungsklage einleiten.

Von der Vorabentscheidung gehen folgende **Wirkungen** aus: Die Urteile des EuGH binden sowohl die vorlegenden Gerichte, als auch alle anderen Gerichte, die in derselben Sache zu entscheiden haben. Obwohl die Vorabentscheidungen ihrem Wesen nach (theoretisch) nur die mit dem Ausgangsverfahren befassten Gerichte binden, ist davon auszugehen, dass sie in

⁸²⁶ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht, Springer-Verlag (2009).

⁸²⁷ Streinz, Europarecht, 8. Auflage [Rz 639/640].

⁸²⁸ R. Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 2212].

tatsächlicher Hinsicht bestimmte Wirkungen auch in anderen, nicht mit dem Ausgangsrechtsstreit zusammenhängenden Verfahren entfalten. Die Wirkungen von Vorabentscheidungen beschränken sich aber nicht nur auf Gerichte, sondern erstrecken sich auch auf die im Ausgangsrecht streitbeteiligten Unionsorgane, sowie andere innerstaatliche Stellen, die gehalten sind, das Unionsrecht in der vom Gerichtshof gegebenen Auslegung anzuwenden⁸²⁹.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch der Art 83 Abs 2 B-VG, das „Recht auf den gesetzlichen Richter“. Der EuGH wird als Richter in diesem Sinne verstanden. Kommt somit ein nationales Gericht seiner Vorlageverpflichtung nicht nach, so verletzt dieses die „gesetzliche Zuständigkeitsordnung“. Dies stellt wiederum eine Verletzung des Rechtes auf den gesetzlichen Richter dar⁸³⁰. Dieses Recht stellt ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht (Grundrecht) dar.

Zusammenfassend kann zum Rechtsschutz durch europäische Instanzen bei Vergabeverstößen folgendes gesagt werden: Zwar ist ein Rechtsschutz durch die europäischen Instanzen bei unzulässigen **Direktvergaben** wohl eher theoretischer Natur, doch zeigen einzelne Fälle⁸³¹, dass diese Form des Rechtsschutzes sehr wohl **auch praktisch** eine gewisse **Relevanz** hat.

⁸²⁹ Heiermann/AX, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Bauverlag (1997).

⁸³⁰ VfSlg 14.390/1995.

⁸³¹ EuGH Klageschrift vom 15.01.2011, Rs C-486/10 (Kommission/Deutschland); EuGH 11.09.2010, Rs C-271/08 (Kommission /Deutschland).

Kapitel 4.15: Zusammenfassende Analyse des Rechtsschutzes bei unzulässigen Direktvergaben

Zusammenfassend stellt sich der Rechtsschutz bei unzulässigen Direktvergaben wie folgt dar:

➔ **Rechtsschutz durch die Vergabekontrollbehörden:** Die Kontrolle der „*Wahl des Vergabeverfahrens*“ im Zuge des **Nachprüfungsverfahrens** (siehe Seite 117) spielt in der Praxis eine geringe Rolle, da ein übergangener Unternehmer idR vor der Zuschlagserteilung nicht von der unzulässigen Direktvergabe erfahren wird. Aufgrund der strengen Prozessvoraussetzungen für einen positiven Feststellungsbescheid wird auch ein **Feststellungsverfahren** (siehe Seite 131) oftmals ins Leere laufen. Sehr oft wird der übergangene Bieter erst nach Ablauf der in § 332 BVergG 2006 genannten Fristen von der rechtswidrigen Direktvergabe erfahren. Liegt kein positiver Feststellungsbescheid vor, so kann auch keine Nichtigkeitsklärung iSd § 334 BVergG 2006 beantragt werden.

➔ **Rechtsschutz durch die Zivilgerichte:** Der zivilrechtliche Schadenersatz als Folge einer unzulässigen Direktvergabe stellt sich praktisch als totes Recht dar (siehe Seite 141). Bei der Direktvergabe entstehen idR keine Beteiligungskosten iSd § 338 Abs 1 BVergG 2006. Auch die Geltendmachung des Erfüllungsinteresses wird mangels Erbringbarkeit des „Bestbieterbeweises“ zumeist ohne Erfolg sein.

➔ **Rechtsschutz durch strafrechtliche Generalprävention:** Das Strafrecht zeigt bei der untreuen Direktvergabe nicht die gewünschten generalpräventiven Effekte (siehe 171). Diese hängen nämlich primär von der Aufklärungsquote ab. Diese Aufklärungsquote ist bei der unzulässigen Direktvergabe aufgrund der geringen Publizität des Vergabeaktes sehr gering.

➔ **Rechtsschutz durch europäische Institutionen:** Der Rechtsschutz durch europäische Institutionen (siehe Seite 178) ist durchaus denkbar, spielt aber bei unzulässigen Direktvergaben in der Praxis nur eine untergeordnete Rolle.

Fazit: Der Rechtsschutz bei unzulässigen Direktvergaben entspricht derzeit nicht den unions-, und verfassungsrechtlichen Erfordernissen! Hauptgrund dafür ist die mangelnde Transparenz und Publizität des Vergabeaktes. Es besteht daher ein Handlungsbedarf.

Kapitel 5. Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Direktvergabe

Wie soeben dargestellt, besteht im Bereich der Direktvergabe ein erhebliches Rechtsschutzdefizit. Mangels Transparenz des Vergabevorganges ist eine effektive Kontrolle bei einer Direktvergabe zumeist nicht möglich. Der Gesetzgeber ist daher aufgerufen zu handeln. Erfreulicherweise tut er dies auch!

Kapitel 5.1: Der Begutachtungsentwurf für eine BVergG-Novelle 2011

Am 19.7.2011 hat das Bundeskanzleramt einen Begutachtungsentwurf für eine **BVergG-Novelle 2011** ausgesendet. Anlass für die Novelle 2011 sind Vereinfachungen im Unterschwellenbereich und die Neuregelung des Schadenersatzes bei Vergabeverstößen. Diese Novelle bringt daher für die **Direktvergabe einige wichtige Veränderungen**.

➔ **Rückschritt zur EUR 40.000,- Subschwelle:** Erste vorgeschlagene „Änderung“ ist, dass der **Subschwellenwert** für die klassische Direktvergabe iSd § 41 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 von EUR 100.000,- auf EUR 40.000,- herabgesetzt werden soll. Damit geht man also wieder auf den gesetzlichen Stand vor der Schwellenwert-Verordnung zurück, womit man nicht wirklich von einer Novellierung dieser Schwellenwerte sprechen kann.

Damit entspricht dieser Entwurf nicht der gängigen Erwartung, wonach es zu einer dauerhaften Anhebung des Subschwellenwertes auf EUR 100.000,- kommen wird (siehe Seiten 71 und 77). Die Gründe für einen „Rückschritt“ zur EUR 40.000,- Subschwelle sind unionsrechtlicher Natur. Brüssel hatte klar gemacht, dass man eine Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung nicht akzeptieren werde, allenfalls würde ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich eingeleitet werden⁸³².

➔ **Überarbeitung der Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten:** Auch die viel kritisierte (siehe Seite 54) **Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten** iSd § 41 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 soll novelliert werden. Zunächst fällt dabei auf, dass nunmehr nicht mehr von einem aus „Gemeinschaftsmitteln“ kofinanzierten Projekt gesprochen wird, sondern von einem aus „Unionsmitteln“ kofinanzierten Projekt. Diese terminologische Änderung ergibt sich daraus,

⁸³² Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, [Seite 245].

da durch den Vertrag von Lissabon das Wort „Gemeinschaft“ durchgehend durch das Wort „Union“ ersetzt wird, da die einheitliche Union die Europäische Gemeinschaft ersetzt und ihre Rechtsnachfolgerin ist.

Eine Direktvergabe bei einem aus Unionsmitteln kofinanzierten Projekt ist nun zulässig wenn, dessen geschätzter Auftragswert die Schwellenwerte gem § 12 Abs 1 BVergG 2006 idF Novelle 2011⁸³³ nicht erreicht, und a) nach einer Einladung zur Vorlage von Projekten oder Projektideen im Wege einer öffentlichen Interessentensuche die Entscheidung über die Auswahl des Projektes oder der Projektidee durch ein transnationales Lenkungsgremium oder durch ein Gremium, in dem mehrere Mitgliedstaaten vertreten sind, erfolgt, oder b) nach Durchführung eines Auswahlverfahrens das Projekt von der Kommission ausgewählt wurde⁸³⁴.

Damit wird nicht, wie von *Bauer* gefordert (siehe Seite 57), auf das Tatbestandsmerkmal der Einladung zur Vorlage von Projekten oder Projektideen im Wege einer öffentlichen Interessentensuche verzichtet. Ob damit den vergaberechtlichen Bekanntmachungsverpflichtungen bzw dem Transparenzgebot Rechnung getragen wird kann bestritten werden. Auch auf die Existenz eines transnationalen Lenkungsgremiums bzw eines Gremiums in dem mehrere Mitgliedstaaten vertreten sind, wird nicht verzichtet. Schließlich wird auch nicht auf das Tatbestandsmerkmal der Akzeptanz durch die Kommission nach Durchführung eines Auswahlverfahrens verzichtet.

Eine Änderung erfolgt dadurch, dass § 41 Abs 2 Z 2 lit **a)** und **b)** BVergG 2006 – nach dem Entwurf zur BVergG-Novelle 2011 – in § 41 Abs 2 Z 2 lit **a)** BVergG idF Novelle 2011 zusammengefasst werden. Demnach ist nun eine aus Unionsmitteln kofinanzierte Direktvergabe nicht mehr möglich, wenn zuvor „eine *Einladung zur Vorlage von Projekten oder Projektideen im Wege einer öffentlichen Interessentensuche erfolgte*“⁸³⁵ **oder** „*transnationale Lenkungsgremien eingerichtet wurden bzw . mehrere Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Projektes beteiligt sind*“⁸³⁶ , sondern nur noch wenn diese Tatbestandsmerkmale **kumulativ** vorliegen.

⁸³³ Die Schwellenwerte des § 12 Abs 1 BVergG 2006 werden durch die angestrebte Novelle 2011 nicht verändert.

⁸³⁴ § 41 Abs 2 Z 2 BVergG des Entwurfes zur BVergG-Novelle 2011.

⁸³⁵ § 41 Abs 2 Z 2 lit a) BVergG 2006.

⁸³⁶ § 41 Abs 2 Z 2 lit b) BVergG 2006.

„Die Neuformulierung soll sicherstellen, dass die Direktvergabe auf Grund dieser Bestimmung nur dann zulässig ist, wenn die Entscheidung über die Auswahl des Projektes (eigentlich: des Projektwerbers) durch ein transnationales Lenkungsgremium oder durch ein Gremium, in dem mehrere Mitgliedstaaten vertreten sind, erfolgt (oder das Projekt von der Kommission ausgewählt wurde). Die bloße Einrichtung eines transnationalen Gremiums oder die bloße Beteiligung mehrerer Mitgliedstaaten an dem Projekt reicht dazu nicht aus“⁸³⁷.

Das weitere Tatbestandsmerkmal: „...diese Projekte von der Kommission nach Durchführung eines Auswahlverfahrens akzeptiert wurden“⁸³⁸, wird in „nach Durchführung eines Auswahlverfahrens das Projekt von der Kommission ausgewählt wurde“⁸³⁹, umgewandelt. Nunmehr kommt es also nicht mehr auf die Akzeptanz, sondern auf die **Auswahl** der Kommission an.

Ich hätte mir eine umfassendere Änderung der Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten erhofft. Die neue Regelung greift die bisherigen Hauptprobleme zu wenig auf und so scheint mir dieser Entwurf als zu wenig mutig. Es ist insbesondere noch immer nicht ersichtlich, wie die (nunmehr) zwei alternativen Tatbestände direkte Auftragsvergaben jenseits der Wertgrenze von EUR 40.000,- – bzw derzeit EUR 100.000,- – sachlich legitimieren sollen. Diese Form der Direktvergabe ist ja schließlich bis zu den in § 12 Abs 1 BVergG 2006 idF Novelle 2011 genannten Schwellenwerten zulässig. Die Bestimmung ist zudem nach wie vor sehr komplex und wenig durchschaubar.

➔ **Die „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“:** Weiters ist eine neue Verfahrensart, nämlich die **„Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“** vorgesehen. Diese soll im neuen § 41a BVergG 2006 idF Novelle 2011 verankert werden⁸⁴⁰. Im Sektorenbereich wird diese Verfahrensart hingegen als

⁸³⁷ Vorblatt zum Entwurf zur BVergG-Novelle 2011.

⁸³⁸ § 41 Abs 2 Z 2 lit c) BVergG 2006.

⁸³⁹ § 41 Abs 2 Z 2 lit b) des Entwurfes zur BVergG-Novelle 2011.

⁸⁴⁰

§ 41a BVergG 2006 idF Novelle 2011

(1) Für die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Wege der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung gelten ausschließlich der 1. Teil, die §§ 3 Abs. 1, 4 bis 6, 9, 10, 13 bis 16, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 bis 4, 25 Abs. 11, 42 Abs. 3, der 4. bis 6. Teil sowie die Vorschriften der Abs. 2 bis 6.

(2) Eine Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung ist nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht.

(3) Der Auftraggeber hat die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages mittels einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung in dem gemäß § 55 Abs. 2 festgelegten

„Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb“ bezeichnet.

Die „Direktvergabe nach vorheriger Markterkundung“ ist ein Zwischending zwischen einer Direktvergabe und einem Vergabeverfahren. *Reisner/Lehner* sprechen von einer Direktvergabe „light“⁸⁴¹.

Eines soll dabei vorweg gesagt sein: Es handelt sich dabei keineswegs um eine Direktvergabe im „klassischen“ Sinn! Kern einer Direktvergabe ist der Umstand, dass in diesem Verfahren idR keine Angebote gelegt werden, sondern lediglich unverbindliche Preisauskünfte eingeholt werden können. Die nunmehr vorgeschlagenen Bestimmungen sprechen hingegen ausdrücklich von – verbindlichen – Angeboten⁸⁴². Man kann daher nicht von einer formfreien und unmittelbaren Auftragsvergabe sprechen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass nach der Definition der „Direktvergabe nach öffentlicher Markterkundung“, der Auftraggeber nicht verpflichtet ist mehrere Angebote einzuholen. Es muss jedoch zumindest ein Angebot eingeholt werden, welchem der Zuschlag erteilt werden kann⁸⁴³.

Die „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ ist nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert von EUR 100.000,- nicht erreicht wird. Im Bereich der Sektorenauftraggeber soll die „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher

Publikationsmedium bekannt zu machen. Die Bekanntmachung hat zumindest folgende Angaben zu enthalten:

1. *Bezeichnung des Auftraggebers,*
2. *Gegenstand der Leistung sowie Erfüllungsort und Leistungsfrist,*
3. *Hinweis, wo und wann nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf (Kriterien gemäß Abs. 4) eingesehen oder beschafft werden können und*
4. *ausdrückliche Bezeichnung als Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung.*

(4) Der Auftraggeber muss objektive, nicht diskriminierende Kriterien festlegen, anhand derer die Auswahl des Unternehmers bzw. der Unternehmer erfolgt, von dem bzw. denen Angebote eingeholt werden, und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird.

(5) Der Auftraggeber hat einen Auftrag, den er im Wege einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung vergeben hat, spätestens 20 Tage nach Zuschlagserteilung in dem gemäß § 55 Abs. 2 festgelegten Publikationsmedium bekannt zu machen. Diese Bekanntmachung hat zu enthalten:

1. *Hinweis auf die erfolgte Bekanntmachung gemäß Abs. 3,*
2. *Name und Anschrift des Auftraggebers sowie des Auftragnehmers,*
3. *Beschreibung des Auftragsgegenstandes und*
4. *Gesamtpreis.*

(6) Bei einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung darf die Leistung nur von einem befugten, leistungsfähigen und zuverlässigem Unternehmer bezogen werden. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen. An Unternehmer, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde oder die sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen, können jedoch Aufträge im Wege der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung vergeben werden, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht.“

⁸⁴¹ *Reisner/Lehner*, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, [Seite 247].

⁸⁴² *Reisner/Lehner*, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, [Seite 247].

⁸⁴³ Vorblatt zum Entwurf zur BVergG-Novelle 2011.

Markterkundung“ sogar bis zu einem Auftragswert von EUR 150.000,- zulässig sein. Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber jene Intention hat, dass bei Aufträgen mit einem Marktwert von weniger als EUR 40.000,- die „klassische“, nicht transparente, nicht publike, dafür aber unkomplizierte sowie wenig zeit-, und kostenaufwendige Direktvergabe durchgeführt werden soll. Bewegt sich hingegen der Auftragswert im Bereich zwischen EUR 40.000,- und EUR 100.000,- so soll die „neue“, transparentere aber auch zeit-, und kostenaufwendigere „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ vorgenommen werden.

Gem § 41a Abs 3 BVergG 2006 idF Novelle 2011 hat der Auftraggeber die **beabsichtigte** Vergabe eines Bau-, Liefer-, oder Dienstleistungsauftrages mittels einer „Direktvergabe nach vorheriger Markterkundung“ in dem gem § 55 Abs 2 BVergG 2006 idF Novelle 2011 festgelegten Publikationsmedium bekannt zu machen.

Wichtigster Unterschied zwischen der „Direktvergabe“ und der „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ ist somit, dass der Auftraggeber bei Letzterem die beabsichtigte Auftragsvergabe (nach vorheriger öffentlicher Markterkundung) **publik** zu machen hat. Diese Publikation erfolgt in dem gem § 55 Abs 2 BVergG 2006 idF Novelle 2011 festgelegten Publikationsmedium. Demnach muss die Bekanntmachung einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit gewährleisten. Für den Bundesbereich ist dabei die Publikationsmedienverordnung 2006, wonach Auftraggeber die beabsichtigte Vergabe in der Online-Ausgabe des amtlichen Lieferungsanzeigers der Wiener Zeitung bekannt machen müssen, zu beachten. In den Ländern ist – mit Ausnahme von Niederösterreich – die Veröffentlichung im Internet und/oder in den Amtsblättern vorgesehen. Weitere Bekanntmachungen in sonstigen geeigneten Publikationsmedien stehen dem Auftraggeber hingegen frei (§ 55 Abs 4 BVergG 2006 idF Novelle 2011)⁸⁴⁴. Die Bekanntmachung hat dabei zumindest folgende Angaben zu enthalten; die Bezeichnung des Auftraggebers, den Gegenstand der Leistung sowie Erfüllungsort und Leistungsfrist, den Hinweis, wo und wann nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf eingesehen oder beschafft werden können und die ausdrückliche Bezeichnung als „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“. Mit diesen Publikationsvorschriften ist jedenfalls die vom EuGH geforderte Transparenz bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses am Auftrag im Unterschwellenbereich erfüllt (siehe

⁸⁴⁴ *Auprich in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 924].

Fraglich ist, was sich der Gesetzgeber genau unter einer „*öffentlichen Markterkundung*“ vorstellt? Wo liegen die auftragsspezifischen, technischen und territorialen Grenzen des Marktes? Der Auftraggeber hat bei dieser Abgrenzung zu beachten, dass er objektiv und nicht diskriminierend vorzugehen hat. Daher hat der Auftraggeber Kriterien festzulegen, nach denen er die Unternehmer aussucht, von denen er Angebote einholt und an Hand derer er letztendlich den Auftragnehmer auszuwählen beabsichtigt. Diese Kriterien werden ausdrücklich nicht als Auswahl⁸⁴⁶-, bzw Zuschlagskriterien⁸⁴⁷ bezeichnet. Daher muss die strikte Trennung zwischen unternehmens-, bzw angebotsbezogenen Kriterien in diesem Fall nicht berücksichtigt werden⁸⁴⁸. Dem Auftraggeber sind daher bei der Kreativität zur Kriterienfindung deutlich weniger Grenzen gesetzt als bei anderen Vergabeverfahren. Dabei darf der Auftrag – wie auch bei der „klassischen Direktvergabe“ – nur an einen befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer vergeben werden. Ein **Rechtsanspruch** für geeignete Unternehmen zur **Angebotslegung eingeladen zu werden besteht jedoch nicht**⁸⁴⁹! Selbst dann nicht, wenn die Leistung hätte billiger angeboten werden können. Insofern sind Bedenken aus Gründen des Rechtsschutzes aufzuwerfen⁸⁵⁰.

Neben dieser großen Freiheit bei der Wahl der Kriterienfindung, steht es dem öffentlichen Auftraggeber auch frei in welcher Art er das Vergabeverfahren durchführen will. So kann er die „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ beispielsweise ein-, oder mehrstufig gestalten oder zwischendurch ein Verhandlungsverfahren durchführen⁸⁵¹. Auch hier sind der Fantasie des Auftraggebers nur geringe Grenzen gesetzt. Er muss sich allerdings im Bereich der in § 19 BVergG 2006 geregelten Grundsätze bewegen.

Auch **nach der Zuschlagserteilung** wurde vom Gesetzgeber für **mehr Publizität** gesorgt. Der Auftraggeber hat einen Auftrag, den er im Wege einer „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ vergeben hat, spätestens 20 Tage nach Zuschlagserteilung in dem gem § 55 Abs 2 BVergG 2006 idF Novelle 2011 festgelteten Publikationsmedium

⁸⁴⁵ Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, [Seite 247].

⁸⁴⁶ § 2 Z 20 lit a) BVergG 2006.

⁸⁴⁷ § 2 Z 20 lit d) BVergG 2006.

⁸⁴⁸ Heid/Schiefer/Fink, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2.

⁸⁴⁹ Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, [Seite 247].

⁸⁵⁰ Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, [Seite 247].

⁸⁵¹ Heid/Schiefer/Fink, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2.

bekannt zu machen. Der Auftraggeber hat daher – wie auch bei den anderen Vergabeverfahren – die Verpflichtung zu einer Bekanntmachung **vor Verfahrensbeginn** und zu einer Mitteilung **nach Zuschlagserteilung**⁸⁵².

Diese öffentliche Bekanntmachung hat zu enthalten; einen Hinweis auf die erfolgte Bekanntmachung gem § 41a Abs 3 BVergG 2006 idF Novelle 2011, den Namen und Anschrift des Auftraggebers sowie des Auftragnehmers, die Beschreibung des Auftragsgegenstandes und den Gesamtpreis. Fraglich ist, ob diese Publikationsvorschriften nicht zu weit gehen. Diese Bekanntmachungsverpflichtungen gehen nämlich über die Pflichten hinaus, die normalerweise im Unterschwellenbereich gelten. Vor allem die Verpflichtung zur Bekanntgabe des Gesamtpreises lässt befürchten, dass die Preise für derartige Kleinaufträge sich in Zukunft erhöhen werden⁸⁵³. Die geschaffene Transparenz gibt vor allem den Unternehmen einen guten Überblick über Marktpreise und notwendige Preisanpassungen⁸⁵⁴. Dazu die Wirtschaftskammer Österreich⁸⁵⁵: *„Die Verpflichtung zu ex-ante Transparenz sollte entfallen, da sie einen erheblichen Aufwand auf Seiten der Auftraggeber (entgegen den Intentionen der Verwaltungskostenreduktion) sowie der Bieter darstellt. Publikationsverpflichtungen – und hier können wir uns bestenfalls eine ex-post Publikationsverpflichtung vorstellen – sollten unbürokratisch und kostenfrei vorzugsweise auf der Homepage des Auftraggebers erfolgen“*⁸⁵⁶.

Gem § 42 Abs 3 BVergG 2006 idF Novelle 2011 müssen bei der „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ alle wesentlichen Festlegungen und Vorgänge im Vergabeverfahren schriftlich festgehalten werden.

➔ **Kritik an der „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“:**

Durch die vorweg festgelten Kriterien wird die Entscheidung des Auftraggebers, welcher Bieter den Zuschlag erhalten soll, **transparenter und publiker**. Durch diese Vorgehensweise will der Gesetzgeber unter anderem der „Freunderlwirtschaft“ (siehe Seite 39) einen Riegel vorschieben. Jedoch sind hier freilich Fälle denkbar, in welchen die Kriterien für einen

⁸⁵² Heid/Schiefer/Fink, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2.

⁸⁵³ Stellungnahme des Reinhaltungsverbandes Region Neusiedler See - Westufer zur BVergG-Novelle 2011.

⁸⁵⁴ Stellungnahme des Reinhaltungsverbandes Region Neusiedler See - Westufer zur BVergG-Novelle 2011.

⁸⁵⁵ Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich, Bundesgesetz mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011).

⁸⁵⁶ Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich, Bundesgesetz mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011).

Wunschauftragnehmer „zugeschnitten“ werden. Aus dieser Bestimmung geht weiters nicht hervor, dass zwingend der Best-, bzw Billigstbieter den Zuschlag erhalten muss. Es ist fraglich inwieweit sich ein besserer Bieter auf das Diskriminierungsverbot des § 19 BVergG 2006 idF Novelle 2011 stützen kann, wenn dieser nicht den Zuschlag erhält.

Durch die Verpflichtung, die erfolgte Zuschlagserteilung bekannt zu machen, wird dem **Rechtsschutz** bei unzulässigen Direktvergaben zu **mehr Effektivität** verholfen. Da der übergangene Bieter nun von der rechtswidrigen Vergabe erfahren wird, ist ihm der Rechtsschutzweg nun auch faktisch möglich. Ein Nachprüfungs-, bzw Feststellungsantrag wird nun fristgerecht eingebracht werden können.

Aus meiner Sicht hat der Gesetzgeber hier eine sehr gute Lösung geschaffen. Mit der Verpflichtung, die beabsichtige „Direktvergabe“ sowohl vor Verfahrensbeginn, als auch nach Zuschlagserteilung publik zu machen, wird endlich für **mehr Publizität und Transparenz** bei geringfügigen Auftragsvergaben gesorgt. Diese Mängel waren schließlich der Hauptgrund, warum der bisherige Rechtsschutz im Bereich der Direktvergabe zumeist zahnlos war. Ist es bisher für einen Unternehmer zumeist unmöglich gewesen, erfolgreich ein Rechtsmittel gegen eine Direktvergabe einzubringen (siehe Seite 185), so wird sich dies bei der „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ ändern. Die Verfahrensteilnehmer bekommen nun die Möglichkeit, die Entscheidung des Auftraggebers – innerhalb der Grenzen der Vergabegrundsätze – überprüfen zu lassen⁸⁵⁷. Vor diesem Hintergrund darf man jedoch nicht darauf vergessen, dass kein effektiver Rechtsschutz dagegen besteht, dass ein Unternehmer nicht zur Angebotslegung eingeladen wird. Schließlich besteht diesbezüglich kein Rechtsanspruch.

Positiv ist weiters, dass die „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ für Auftraggeber eine zusätzliche Möglichkeit bietet, sich direkt an geeignete Unternehmer zu wenden, die sonst im Vergabeverfahren schwer zum Zug gekommen wären⁸⁵⁸. Das kann besonders erfreulich für kleine und mittlere Unternehmen sein.

Zweifel können jedoch an der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit der „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ geäußert werden. Schließlich entstehen nun, auch

⁸⁵⁷ Heid/Schiefer/Fink, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2.

⁸⁵⁸ Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, 247.

bei geringfügigen Auftragsvergaben, erhöhte Verwaltungslasten. Dem positiven Effekt der erhöhten Transparenz steht entgegen, dass der öffentliche Auftraggeber nun Kriterien für die Auftragsvergabe festlegen muss. Zudem muss eine Angebotsprüfung erfolgen. Dies führt zu erhöhten Kosten und verzögert den Vergabeprozess. Das ist speziell in Zeiten wie diesen, in welchen die Reduktion von Staatsausgaben eine besonders wichtige Rolle spielt, bedenklich. Es darf daher die Frage gestellt werden, ob im Hinblick auf den Wert der Leistung, ökonomisch nicht vertretbare Beschaffungskosten entstehen?

Aber auch für *Reisner/Lehner* ist diese neue Verfahrensart – im Großen und Ganzen gesehen – ein eindeutiger Gewinn für den öffentlichen Auftraggeber⁸⁵⁹. Schließlich kommt bei diesen Auftragswerten grundsätzlich der Preis als einziges Zuschlagskriterium zur Anwendung. Der Verwaltungsaufwand wird dabei als nicht besonders hoch eingeschätzt⁸⁶⁰. Auch ein erhöhter interner Dokumentationsaufwand ist kaum zu erwarten, da meist die internen Vorschriften die jeweiligen Sachbearbeiter ohnehin anhalten, die Geschäftsvorgänge entsprechend festzuhalten⁸⁶¹. Zudem wird nur geringer Widerstand der öffentlichen Auftraggeber erwartet, da die „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ die eigentlich gängige Praxis eines Preis-, oder Qualitätswettbewerbes bei geringen Auftragswerten widerspiegelt⁸⁶².

Konkret meint der Verfassungsausschuss⁸⁶³ – gestützt auf eine Studie der Europäischen Kommission⁸⁶⁴ – dazu: Durch die Möglichkeit, im Bereich der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb die Zahl der Teilnehmer begrenzen zu können (der Auftraggeber kann nur ein Angebot einholen; in der Praxis wird jedoch oft intern die Einholung von einem oder zwei weiteren Vergleichsangeboten zur Einschätzung der Preisangemessenheit gefordert), sinken die durchschnittlichen Gesamtkosten eines Vergabeverfahrens. Geht man davon aus, dass die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb in der Praxis ähnlich wie ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird, dann ist zu erwarten, dass die Kosten der Auftraggeberseite geringer anzusetzen sind als jene der Unternehmenseite.

⁸⁵⁹ *Reisner/Lehner*, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, 247.

⁸⁶⁰ *Reisner/Lehner*, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, 247.

⁸⁶¹ *Reisner/Lehner*, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, 247.

⁸⁶² *Heid/Schiefer/Fink*, Vergabe Infoletter, Ausgabe Oktober 2011/Nr.2.

⁸⁶³ Bericht über die Regierungsvorlage: Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012) erlassen sowie das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird.

⁸⁶⁴ „Public Procurement in Europe – Cost and effectiveness“ von März 2011 (siehe Seite 27).

Zusammenfassend kann daher gefolgert werden, dass durch die kombinierten Möglichkeiten und Effekte des neuen Verfahrens **wesentliche Einsparungen auf Auftraggeberseite und Unternehmerseite zu erwarten sind**.

➔ **Modifizierung der Dokumentationsvorschriften bei der Direktvergabe:** Eine weitere, für die („klassische“) Direktvergabe vorgeschlagene Änderung ist, dass nunmehr bei einer Direktvergabe, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, neben – wie bisher – dem Gegenstand und Wert des Auftrages und dem Name des Auftragnehmers⁸⁶⁵, nun auch die **Prüfung der Preisangemessenheit schriftlich festgehalten** werden muss.

Anfechtungen einer Auftragsvergabe im Wege der Direktvergabe stützen sich zumeist auf eine inkorrekte Auftragswertberechnung. Diese nunmehrige Verpflichtung zur Festhaltung der Preisangemessenheit folgt somit der bisherigen Empfehlung, auch die Auftragswertberechnung genau zu dokumentieren (siehe Seite 61). *„Die Dokumentation des „sachkundig“ geschätzten Auftragswertes ist jedenfalls anzuraten, da die Ermittlung des Auftragswertes von den Vergabekontrollbehörden für die Zulässigkeit der Verfahrenswahl vertieft geprüft wird“*⁸⁶⁶. In dieser Dokumentation sollte der öffentliche Auftraggeber unter anderem festhalten, warum eine Zusammenrechnung mit anderen Aufträgen unterblieben ist⁸⁶⁷.

Kapitel 5.2: Die Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung bis zum 31.12.2012

Trotz bestehender wirtschaftspolitischer sowie verfassungs-, und unionsrechtlicher Bedenken (siehe Seite 70) wurde die **Schwellenwerte-Verordnung neuerlich bis Ende 2012 verlängert**. Durch die Verlängerung der Verordnung können Aufträge im Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsbereich weiterhin bis zu einem Wert von EUR 100.000,- direkt an Unternehmen vergeben werden.

Dieser Schritt ist insofern bedenklich, da die Europäische Union klargestellt hat, dass im Falle einer neuerlichen Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung, Österreich mit einem Vertragsverletzungsverfahren zu rechnen habe⁸⁶⁸. Jedoch war zum Zeitpunkt dieser

⁸⁶⁵ § 42 Abs 2 BVergG 2006.

⁸⁶⁶ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 336].

⁸⁶⁷ Stadt Wien, Wiener Wohnen, vgl VKS Wien 4.6.2007, VKS-2581/07.

⁸⁶⁸ Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5, 245.

Stellungnahme eine Rückkehr der Finanz-, und Wirtschaftskrise im nunmehrigen Ausmaß nicht abzusehen.

Wirtschaftsminister *Reinhold Mitterlehner* sieht die nun fixierte Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung bis zum 31. Dezember 2012 als wichtige Maßnahme für die regionale Wirtschaft sowie Länder und Gemeinden. *„Angesichts des Übergreifens der Finanzkrise auf die Realwirtschaft ist es ein Gebot der Stunde, dass wir unsere Unternehmen weiterhin mit unbürokratischen öffentlichen Auftragsvergaben unterstützen können. Gerade jetzt brauchen wir hier Kontinuität“*, betont Mitterlehner. *„Gleichzeitig reduzieren wir vor allem für Länder und Gemeinden den Verwaltungsaufwand, so sparen sich alle Beteiligten Zeit und Geld“*. In der Vergabep Praxis profitieren insbesondere regional orientierte Klein-, und Mittelbetriebe. *„Sie werden für kleinere Aufträge direkt zur Anbotslegung eingeladen, ohne sich vorher an einem komplexen Vergabeverfahren beteiligen zu müssen. Eine regionale Beschaffung bietet im Regelfall kurze Transportwege und raschen Service“*⁸⁶⁹, so Mitterlehner.

Die Wirtschaftskammer Österreich spricht von einem *„wichtige(n) Impuls für die heimische Wirtschaft“*. *„Mindestens so wichtig ist, dass potenzielle Projekte damit weiterhin rasch und unbürokratisch abgewickelt werden können. Vor allem regionale Projekte von öffentlichen Auftraggebern wie Städten und Gemeinden, die typischerweise für Nahversorger und KMU interessant sind, können damit für ein weiteres Jahr wesentlich rascher realisiert werden“*⁸⁷⁰.

➔ **Neuerliche Verlängerung gerechtfertigt?** Wie auch bei der Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung im letzten Jahr muss man sich nun fragen, ob die **Verlängerung dieser Verordnung überhaupt gerechtfertigt ist** (siehe Seite 77)?

Auch in diesem Jahr wird man die Verlängerung mit dem Ausnahmecharakter der aktuellen Wirtschaft rechtfertigen. Im Jahr der Erlassung der Verordnung (2009) war die schlechte Wirtschaftssituation – mit einem Minus von 3,9 % des Wirtschaftswachstums – noch eklatant. Wie auch im letzten Jahr ist es nun aber fraglich, ob dieser Ausnahmecharakter nach wie vor gegeben ist? Während für das Jahr 2011 noch ein reales BIP-Wachstum von 3,3 % prognostiziert wurde, wird im Jahr 2012 das Wachstum – aufgrund der deutlichen

⁸⁶⁹ <http://www.bmwfj.gv.at/Presse/Archiv/Archiv2011/Seiten/MitterlehnerVerlängerungderSchwellenwerte-VerordnungunterstütztregionaleWirtschaft,LänderundGemeinden.aspx> (22.12.2011).

⁸⁷⁰ http://portal.wko.at/wk/format_detail.wk?angid=1&stid=591526&dstid=0&titel=Verlängerung%2Cder%2CSchwellenwerte-Verordnung (Jänner.2012).

Verschlechterung der außenwirtschaftlichen Rahmenbedingungen und des Vertrauenseinbruchs – voraussichtlich nur noch 0,7% betragen⁸⁷¹. Insofern ist im Jahr 2012 der Ausnahmecharakter **mehr** gegeben als noch im Jahr davor. Auf Bundesebene erfolgte in Deutschland (zum Vergleich) hingegen keine über die Befristung hinausgehende Verlängerung der vergaberechtlichen Erleichterung⁸⁷².

Abgesehen von der theoretischen Frage der Rechtfertigung der Verlängerung, ist dieser Schritt wohl als richtig einzustufen. Diesbezüglich möchte ich auf die oben genannten (siehe Seite 77) Statements und Studien verweisen.

Kapitel 5.3: Die BVergG-Novelle 2012

Am 15.11.2011 wurde die **Bundesvergabegesetznovelle 2012** vom Bundesrat verabschiedet. Es gibt geringfügige, aber keine substanziellen Änderungen gegenüber dem oben genannten Begutachtungsentwurf für eine BVergG-Novelle 2011 (siehe Seite 186). Sie kann voraussichtlich noch im 1. Quartal 2012⁸⁷³ in Kraft treten, wenn bis dahin die einschlägigen Gremien, zB die Bundesländer zustimmen.

➔ **Die „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“:** Wie im Begutachtungsentwurf vorgeschlagen, wird mit dem neuen § 41a BVergG 2006 idF Novelle 2012 die **„Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“** eingeführt. Terminologisch hat sich somit eine Änderung ergeben, da nun nicht mehr von einer „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ gesprochen wird. Im Sektorenbereich wird diese neue Verfahrensart als „Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb“⁸⁷⁴ bezeichnet.

Im neuen § 25 Abs 11 BVergG 2006 idF Novelle 2012 wird die „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ wie folgt definiert: *„Bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung wird, nachdem einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer-, oder Dienstleistungsauftrages **bekannt gemacht***

⁸⁷¹ http://www.oenb.at/de/geldp_volksw/prognosen/makroprognose/gesamtwirtschaftliche_prognose.jsp (Dezember.2011).

⁸⁷² *Johann Stalzer*, Ist die Verlängerung der Schwellenwerte Verordnung (noch) zu rechtfertigen?, RPA 2011, 5.

⁸⁷³ 1.4.2012.

⁸⁷⁴ § 201a BVergG 2006 idF BVergG-Novelle 2012.

*wurde, und nach Einholung von einem oder mehreren **Angeboten**, eine Leistung formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen“.*

Neben der terminologischen Änderung bringt die Novelle 2012, gegenüber dem Begutachtungsentwurf für eine BVergG-Novelle 2011 (siehe Seite 188), aber auch noch andere Abweichungen für die neue Verfahrensart. Besonders auffallend ist dabei, dass die Zulässigkeitsgrenze einer „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ nun bei **Liefer-, und Dienstleistungsaufträgen** bei **EUR 130.000,-** und bei **Bauaufträgen** sogar bei **EUR 500.000,-** liegt⁸⁷⁵. Der Begutachtungsentwurf zu einer Novelle des BVergG 2011 sah die Grenze hingegen noch bei einer einheitlichen EUR 100.000,- Subschwelle vor. Im Sektorenbereich soll die „Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb“ bis zu einer Grenze von EUR 200.000,- (Liefer-, und Dienstleistungsaufträge) bzw EUR 500.000,- (Baufträge) (anstatt einheitlich EUR 150.000,-) zulässig sein.

Auch die **publik zu machenden Details** im Sinne des § 41a Abs 3 BVergG 2006 idF Novelle 2012 haben sich gegenüber dem Entwurf zur Novelle 2011 (siehe Seite 190) geändert. Gleich bleibt, dass der Auftraggeber sowie der Erfüllungsort und die Leistungsfrist öffentlich bekannt gemacht werden müssen und weiters eine ausdrückliche Bezeichnung als „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ (bzw zuvor „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“) gegeben sein muss. Auch der verpflichtende Hinweis, wo und wann nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf eingesehen und beschafft werden können, findet sich auch in der BVergG-Novelle 2012. **Neu** ist, dass nun auch die **Bewertungsmaßstäbe** und **Kriterien**, anhand derer die Auswahl des Zuschlagsempfängers erfolgen soll, zwingend öffentlich bekannt zu machen sind. Dadurch soll eine höhere Transparenz der Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers gewährleistet werden.

Völlig neu sind die **Publikationsvorschriften nach der Zuschlagserteilung** geregelt. Während der Entwurf zur BVergG-Novelle 2011 noch davon sprach, dass die Zuschlagserteilung binnen 20 Tage bekannt zu machen ist (siehe Seite 191), sieht der neue § 41a BVergG 2006 idF Novelle 2012 vor, dass der Auftraggeber den Unternehmen, die sich um eine Teilnahme an der „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ beworben oder

⁸⁷⁵ Stalzer, Kommunal: Recht & Verwaltung, Neue Regeln für die öffentliche Auftragsvergabe: Die BVergG-Novelle 2012 [Seite 17].

ein Angebot gelegt haben, **unverzüglich** mitzuteilen hat, welchem Unternehmer der Zuschlag erteilt wurde. Dabei ist **nur der Gesamtpreis** zwingend anzugeben. Daher muss nunmehr der Name und Anschrift des Auftraggebers sowie des Auftragnehmers und die Beschreibung des Auftragsgegenstandes nicht mehr bekannt gemacht werden. Damit wurde dem Wunsch der Wirtschaftskammer Österreich (siehe Seite 192) – wonach die Transparenzverpflichtung zu weit ginge, da sie erhebliche Kosten für Auftraggeber und Bieter darstellt – teilweise Genüge getan. Die unverzügliche Mitteilung ist wohl als Mitteilung ohne schuldhaftes Verzögern zu verstehen⁸⁷⁶. Dadurch soll der Rechtsschutz effizienter gestaltet werden, da nun der übergangene Bieter unverzüglich von der Vergabeentscheidung erfährt und er sich dementsprechend **sofort nach der Zuschlagserteilung** zur Wehr setzen kann.

Die Eignung muss – wie auch bei der klassischen Direktvergabe – **im Zeitpunkt des Zuschlages** vorliegen. Im Begutachtungsentwurf zur BVergG-Novelle 2011 wurde noch auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt. Dieser Zuschlag stellt in der Praxis der Vertragsabschluss dar.

Bei der „Direktvergabe nach vorheriger Bekanntmachung“ bzw nach „vorherigem Aufruf zum Wettbewerb“ stellt die Wahl des Vergabeverfahrens, die Bekanntmachung, sowie die weiteren Unterlagen über die zu vergebende Leistung und den weiteren Verfahrensablauf eine **gesondert anfechtbare Entscheidung** dar⁸⁷⁷. Damit ist nicht nur – wie bei der „klassischen“ Direktvergabe (siehe Seite 123) – die Wahl des Vergabeverfahrens anfechtbar.

Hinsichtlich der kritischen Würdigung dieser neuen Verfahrensart möchte ich auf oben (siehe Seite 192) verweisen.

➔ **Änderungen für die „klassische“ Direktvergabe:** Die „klassische“ Direktvergabe wird nun im § 25 Abs 10 BVergG 2006 idF Novelle 2012 anders als noch zuvor formuliert. Während bisher davon gesprochen wurde, dass bei „...*der Direktvergabe eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen wird*“, heißt es nun, dass bei „...*der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei und unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen*“ wird.

⁸⁷⁶ Th. Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG-Kommentar (2009) § 328 [Rz 61].

⁸⁷⁷ § 2 Z 16 lit a) sublit oo) BVergG 2006.

Mit dieser Formulierung will der Gesetzgeber klarstellen, dass es auch bei der Direktvergabe zulässig und erwünscht ist, einen Wettbewerb zwischen mehreren Unternehmen durchzuführen. Das hat sich jedoch bereits aus dem Hinweis auf die „gegebenenfalls eingeholten unverbindlichen Preisankündigungen“ in § 41 Abs 3 BVergG 2006 ergeben⁸⁷⁸.

Die wichtigste Änderung für die Direktvergabe betrifft die Anhebung des Subschwellenwertes in § 41 Abs 2 BVergG 2006 idF Novelle 2012. Der Subschwellenwert für die Zulässigkeit einer „klassischen“ Direktvergabe wird nun – anders als noch im Begutachtungsentwurf zur Novelle 2011 (EUR 40.000,-) – mit **EUR 50.000,-** angesetzt. Im Sektorenauftraggeberbereich wird dieser Wert auf EUR 75.000,- angehoben. Dabei ist freilich zu beachten, dass aufgrund der Verlängerung der Schwellenwerte-Verordnung die Direktvergabe nach wie vor bis zu einer Grenze von EUR 100.000,- zulässig ist.

Der Satz: „Bei einer Direktvergabe darf die Leistung nur von einem befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmer bezogen werden“ in § 41 Abs 4 BVergG 2006, wird nun nicht mehr erwähnt. Das ist auch nicht notwendig, denn schließlich ergibt sich das bereits aus den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens (§ 19 Abs 1 BVergG 2006). Die Eignung muss nunmehr im Zeitpunkt des „Zuschlages“ anstatt des „Vertragsabschlusses“ vorliegen. Dieser Zuschlag stellt in der Praxis der Vertragsabschluss dar.

➔ **Streichung der Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten:** Einen rustikalen Eingriff erfährt die **Direktvergabe bei aus Gemeinschaftsmitteln kofinanzierten Projekten**. Diese **fällt** mit der BVergG-Novelle 2012 **nämlich weg!** „Die Bestimmung war missverständlich und führte in der Praxis zu zahlreichen Problemen“⁸⁷⁹. Scheinbar wollte sich der Gesetzgeber nicht die Mühe machen, Licht in diese komplizierte Materie zu bringen. Sowohl die oben genannten Verbesserungsvorschläge (siehe Seite 57), als auch die vorgeschlagene Änderung durch den Begutachtungsentwurf für eine BVergG-Novelle 2011 (siehe Seite 186) haben sich daher nicht durchgesetzt. Im Endeffekt wäre für mich auch nicht ersichtlich gewesen, wie ein solch kofinanziertes Projekt eine Direktvergabe im Bereich zwischen EUR 50.000,- und den Schwellenwerten des § 12 Abs 1

⁸⁷⁸ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage [Rz 337].

⁸⁷⁹ Vorblatt zum Entwurf zur BVergG-Novelle 2012.

BVergG 2006⁸⁸⁰ sachlich hätte rechtfertigen können.

➔ **Die Vereinfachung des Eignungsnachweises im Unterschwellenbereich:** Neben der Modifizierung der diversen Direktvergaben verfolgt die BVergG-Novelle 2012 ein weiteres großes Ziel: **Die Vereinfachung des Eignungsnachweises im Unterschwellenbereich.** Dieses Thema ist auch für die Direktvergabe von Bedeutung. Diese Novellierung lässt sich auf folgende Zahlen zurückführen:

Im Rahmen des Erhebungsprojekts „Verwaltungskostenreduktion für Unternehmen aus gesetzlichen Informationsverpflichtungen“, wurde die Vorlage von Eignungsnachweisen als erheblicher Kostenfaktor für Unternehmen identifiziert. Der Nachweis der Befugnis sowie der beruflichen Zuverlässigkeit verursachte gemäß einer 2007 durchgeführten Studie von *Roland Berger* im Auftrag des Bundeskanzleramtes demnach Verwaltungslasten in der Höhe von EUR 9.337.671,99,- pro Jahr, der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Verwaltungslasten in der Höhe von EUR 1.616.253,11,- Euro pro Jahr und der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Verwaltungslasten in der Höhe von EUR 11.948.287,52,- Euro pro Jahr. Diese Verwaltungslasten wurden durch die Einführung der Eigenerklärung mit der Novelle zum BVergG 2006 bereits um 12.336.132,72 Euro reduziert⁸⁸¹.

In der Eigenerklärung erklären die Bewerber und Bieter dass sie befugt, zuverlässig und leistungsfähig sind. Sie erklären außerdem, dass sie die festgelegten konkreten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können. Die Erleichterung besteht somit darin, dass der Bieter den Nachweis seiner Eignung nicht konkret darlegen muss.

Im Detail bringt die BVergG-Novelle 2012 daher diesbezüglich folgende Änderung: Bisher musste bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert **mindestens** EUR 120.000,- betrug, und bei der Vergabe von Liefer-, und Dienstleistungsaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens EUR 80.000,- betrug, vom Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger **jedenfalls verlangt** werden⁸⁸².

⁸⁸⁰ Bei einem klassischen Auftraggeber ist die Grenze zum Oberschwellenbereich bei Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen EUR 200.000,-; bei Bauaufträgen EUR 5.000.000,-.

⁸⁸¹ aus dem Bericht über die Regierungsvorlage: Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012) erlassen sowie das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird.

⁸⁸² § 70 Abs 3 BVergG 2006.

Gem dem neuen § 70 Abs 3 BVergG 2006 idF Novelle 2012 **muss** dieser Nachweis nun im **gesamten Unterschwellenbereich**⁸⁸³ (und somit ua auch bei der Direktvergabe und der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung) **nicht mehr erbracht werden**. Somit wurde der Bereich, in welchem auf einen konkreten Eignungsnachweis verzichtet wird, erweitert. Im Unterschwellenbereich soll daher hinkünftig eine Anforderung von Nachweisen bei Vorlage einer Eigenerklärung gänzlich entfallen können⁸⁸⁴. Die gewünschten Einsparungen durch die Eigenerklärung sind bislang nämlich nicht eingetreten, da die konkreten Nachweise stets verfügbar gehalten werden mussten um den Aufforderungen der Auftraggeber zeitgerecht nachkommen zu können⁸⁸⁵. *„Dennoch sind Auftraggeber gut beraten, bei Zweifel an der Eignung die entsprechenden Nachweise zu fordern, weil andernfalls die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung droht. Daher sind auch Bieter weiterhin angehalten, die entsprechenden Nachweise stets „in der Schublade“ zu haben“*⁸⁸⁶.

Durch die nunmehr vorgeschlagene Regelung werden die Verwaltungslasten im Bereich der Eignungsnachweise weiter reduziert. Durch die Anhebung der Schwelle, ab deren Erreichen vom Zuschlagsempfänger jedenfalls die Nachweise vorzulegen sind, kann nämlich – im Vergleich zur Rechtslage nach der Novelle 2010 – eine weitere Reduktion der Verwaltungslasten im Bereich der Eignungsnachweise von etwa EUR 3.169.823-, pro Jahr erzielt werden⁸⁸⁷.

➔ **Anpassung des Schadenersatzmodelles:** Eine weitere wichtige Änderung betrifft die Geltendmachung des zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches. Diese ist auf die jüngste Rechtsprechung des OGH⁸⁸⁸ (siehe Seite 148) zurückzuführen. Während der § 338 Abs 1 BVergG 2006 noch davon sprach, dass ein Schadenersatzanspruch nur bei schuldhafter Verletzung der vergaberechtlichen Vorschriften besteht, steht dieser Schadenersatzanspruch nun bereits bei einem **„hinreichend qualifiziertem Verstoß“** durch den öffentlichen Auftraggeber zu.

⁸⁸³ Bei einem klassischen Auftraggeber ist die Grenze zum Oberschwellenbereich bei Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen EUR 200.000,-; bei Bauaufträgen EUR 5.000.000,-.

⁸⁸⁴ Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5.

⁸⁸⁵ Reisner/Lehner, Begutachtungsentwürfe 2011, Fachbeitrag in RPA 2011/5.

⁸⁸⁶ Stalzer, Kommunal: Recht & Verwaltung, Neue Regeln für die öffentliche Auftragsvergabe: Die BVergG-Novelle 2012 [Seite 18].

⁸⁸⁷ aus dem Bericht über die Regierungsvorlage: Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs-, und Sicherheitsbereich (Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012) erlassen sowie das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird.

⁸⁸⁸ OGH 17.11.2010, 6 Ob 208/10x.

Kapitel 6. Rechtsvergleich: Die „Direktvergabe“ im irischen Vergaberecht

Kapitel 6.1: Einleitung und persönliche Anmerkung

Ich habe als Erasmus-Student die Möglichkeit erhalten zwei Semester in Dublin zu verbringen. Aus diesem Grund möchte ich dem irischen Vergaberecht ein Kapitel widmen. Im Zuge meiner Recherchen ist mir folgendes (leider) aufgefallen: Die Bedeutung des Vergaberechts in Irland, ist mit jener des österreichischen Vergaberechts nicht vergleichbar! So ist die „Literaturausbeute“ aus den Bibliotheken der Universitäten UCD⁸⁸⁹ und Trinity⁸⁹⁰ sehr bescheiden ausgefallen. Tatsächlich gibt es (wohl) keine Bücher die sich speziell mit dem irischen Vergaberecht beschäftigen.

Etwas verwundet, habe ich daraufhin bei meiner Gast-Universität (UCD) nachgefragt, ob man mir weiterhelfen könne. Daraufhin wurde ich auf Frau Professor *Imelda Maher*⁸⁹¹ verwiesen. Bei dem daraufhin folgenden Gespräch musste Sie mir jedoch mitteilen, dass Sie zwar jene Professorin ist, welche sich mit dem Vergaberecht am ehesten beschäftigt, doch musste Sie mir auch gestehen, dass dieses Rechtsgebiet wahrlich nicht ihre Stärke ist. In der Folge haben wir gemeinsam versucht einige relevante Fälle zur Vergabe von Bagatellaufträgen im irischen Vergaberecht zu finden. Leider ohne Erfolg. Der Grund liegt nach *Maher* wohl darin begründet, dass sich ein übergangener Bieter, aufgrund der horrend hohen irischen Gerichtskosten, diesbezüglich in kein Rechtsschutzverfahren stürzen werde. Trotzdem konnte Sie mir einige interessante Tipps geben und ich möchte mich an dieser Stelle auch herzlich für ihre Hilfe bedanken!

Schlussendlich fällt dieses Kapitel damit kürzer aus, als ursprünglich geplant. Was bleibt ist ein Überblick und viele interessante Erfahrungen.

⁸⁸⁹ University College Dublin - National University of Ireland, Dublin, meist auch einfach University College Dublin (UCD), ist mit über 24.000 Studenten Irlands größte Universität. Sie befindet sich in Dublin, der Hauptstadt Irlands. Laut dem Ranking „Top 100 World Universities“, ist UCD die 94 „beste“ Universität der Welt.

⁸⁹⁰ Trinity College Dublin

⁸⁹¹ Professor *Maher* is academic director for the new UCD Sutherland School of Law building and programme coordinator for the LLM in European Law and Public Affairs.

Kapitel 6.2: Grundsätzliches zum irischen öffentlichen Beschaffungswesen

Durch die unionsrechtlichen Vorgaben (siehe Seite 15) ist das Vergaberecht in den Mitgliedstaaten weitgehend harmonisiert. Da die Republik **Irland bereits 1973 in die EU** eingetreten ist, findet man daher viele Parallelen zum österreichischen Vergaberecht. Es ist jedoch zu beachten, dass die sekundärrechtlichen Vorgaben⁸⁹² nur den Oberschwellenbereich angleichen. Unterhalb der unionsrechtlichen Schwellenwerte sind somit „nur“ die primärrechtlichen Vorgaben zu beachten. Im Unterschwellenbereich gibt es daher zwischen den Mitgliedstaaten teils große Abweichungen.

Der größte Unterschied ergibt sich dabei dadurch, dass die Republik Irland dem **Common Law** Rechtskreis angehört. Das Common Law basiert – anders als das kontinentaleuropäische Civil Law – nicht auf geschriebenen Gesetzen (wie bspw dem BVergG), sondern auf maßgeblichen richterlichen Urteilen der Vergangenheit. Das irische (Vergabe-) Recht ist damit primär auf Präzedenzfällen aufgebaut. Dieses Fallrecht wird durch eine richterliche Auslegung fortgebildet⁸⁹³.

Das irische öffentliche Beschaffungswesen⁸⁹⁴ („*public procurement law*“) wird definiert als Erwerb – unabhängig davon ob durch einen formellen Vertrag oder nicht – von Arbeiten, Lieferungen und Dienstleistungen von öffentlichen Einrichtungen. Es reicht dabei von der Anschaffung von Routine-Lieferungen oder Dienstleistungen, über formale Ausschreibungen bis hin zu Vergaben von Aufträgen für große Infrastrukturprojekte. Dabei muss ein breites und vielfältiges Angebot an öffentlichen Auftraggebern gewährleistet werden.

Auch das irische öffentliche Beschaffungswesen unterliegt dabei **Grundprinzipien** (siehe Seite 21):

Das irische Vergaberecht folgt – wie auch das österreichische – den Grundsätzen eines fairen und ehrlichen Vergabeverfahrens. Dabei ist besonders darauf zu achten, dass öffentliche Gelder bestmöglich genützt werden. Die öffentlichen Auftraggeber müssen kostengünstig und

⁸⁹² RL 2004/18/EG (Vergaberichtlinie) und RL 2004/19/EG (Sektorenrichtlinie) sowie RL 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie) und RL 92/13/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie).

⁸⁹³ siehe http://de.wikipedia.org/wiki/Common_Law (Stand 9.2.2012).

⁸⁹⁴ Anmerkung: Die folgenden Absätze orientieren sich vor allem an: „*Public Procurement Guidelines - Competitive Process*“, abrufbar unter www.etenders.gov.ie; sowie einem Interview mit Frau Professor *Imelda Maher*.

effizient in der Nutzung von Ressourcen vorgehen, und dabei die höchsten Standards der Rechtschaffenheit und Integrität wahren. Die Beschaffungspraktiken unterliegen der Prüfung und Kontrolle durch sog Rechnungsprüfer („*Auditor General*“) und Rechnungsführer („*Accounting Officers*“) und sind der Öffentlichkeit Rechenschaft über die getätigten Ausgaben schuldig.

Die weiteren wichtigsten Grundprinzipien sind: Das Diskriminierungsverbot, das Gleichbehandlungsgebot, das Transparenzgebot, das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie die Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten.

Kapitel 6.3: Die Vergabe von Bagatellaufträgen im irischen Recht

Es gehört auch zu den Grundprinzipien des irischen Vergaberechts, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge immer ein wettbewerbsförderndes Verfahren („*competitive process*“) angewendet werden muss, solange es keine begründeten Ausnahmefälle gibt. Die Ausgestaltung dieses Verfahrens variiert dabei abhängig von der Größe und Charakteristik des jeweiligen Auftrages. Für öffentliche Aufträge mit einem geringen Auftragswert, ist daher ein weniger formelles Verfahren angemessen und verhältnismäßig.

So sieht das irische Vergaberecht vor, dass alle öffentlichen Aufträge über einer Schwelle von **EUR 25.000,-** (grundsätzlich) öffentlich bekannt gemacht („*advertised*“) werden müssen. Diese Veröffentlichung soll primär elektronisch⁸⁹⁵ erfolgen.

Diese elektronische Veröffentlichung des öffentlichen Auftrages wird im Bereich zwischen EUR 5.000,- und EUR 25.000,- nur empfohlen. Sie ist demnach in diesem Zwischenbereich nicht zwingend. In diesem Bereich ist vielmehr auch eine Mitteilung via Fax oder E-mail ausreichend. Dabei ist jedoch zu beachten, dass mindestens drei potenzielle Lieferanten kontaktiert werden müssen.

Liegt der geschätzte Auftragswert hingegen unter **EUR 5.000,-**, so ist auch eine bloße verbale Verständigung **nur eines** oder mehrerer Bieter zulässig. Diese Lieferanten müssen dabei wettbewerbsfähig sein.

⁸⁹⁵ siehe <http://www.etenders.gov.ie/>.

Sieht man das entscheidende Charakteristikum einer Direktvergabe iSd § 41 BVergG 2006 darin, dass bei dieser Vergabeart kein Wettbewerb zwischen mehreren Bietern durchgeführt werden muss, so ist die „Direktvergabe“ im irischen Vergaberecht **nur unterhalb dieser EUR 5.000,- Subschwelle** zulässig. Damit liegt die Zulässigkeitsschwelle für direkte Auftragsvergaben im irischen Recht weit unterhalb jener des österreichischen Rechtes.

Zu beachten ist, dass die oben genannten Werte lediglich als **Richtwerte** verstanden werden sollen. Sie sollten daher angepasst werden, wenn dies die Art des öffentlichen Auftraggebers sowie der Umfang des Projekts verlangen. Die Einschätzung des Auftragswertes muss realistisch erfolgen. Der öffentliche Auftraggeber muss in der Lage sein, die ursprüngliche Einschätzung zu rechtfertigen. Kein Projekt oder Kauf darf zu dem Zweck unterteilt werden, den Anwendungsbereich von Vorschriften zu umgehen.

Gründe für das angenommene Verfahren – einschließlich jener Verfahren, bei denen ein wettbewerbsorientierter Prozess, nicht als notwendig bewertet wurde – sollten klar und deutlich festgehalten werden. Alle Vergabeverfahren sollten auf eine kontrollierbare Art und Weise dokumentiert werden („*clearly recorded*“). Außerdem sollten alle involvierten Bieter über das Ergebnis einer Ausschreibung unverzüglich informiert werden. Dabei erscheint eine Verständigung per Telefon bei Bagatellaufträgen als ausreichend.

Kapitel 7. Zusammenfassung

Bei der Direktvergabe stehen sich zwei grundlegende Interessen gegenüber. Einerseits besteht das Interesse einen öffentlichen Auftrag rasch und ohne großen finanziellen Aufwand vergeben zu können. Auf der anderen Seite besteht auch bei der Vergabe von Bagatellaufträgen das Interesse auf ein faires und nicht diskriminierendes Vergabeverfahren.

Ersteres besteht vor allem von Seiten des öffentlichen Auftraggebers. Durch die schnelle, unkomplizierte und wenig kostenintensive direkte Auftragsvergabe kann sich dieser **Verwaltungskosten ersparen**. Er muss keine Leistungsbeschreibung erstellen, keine Angebote prüfen und – vor allem – kein langwieriges Vergabeverfahren durchführen.

In Zeiten der Wirtschafts-, und Finanzkrise muss der Staat sparen. Daher müssen Einsparungen im Bereich des Verwaltungsapparates forciert werden. Die direkte Vergabe von öffentlichen Aufträgen stellt diesbezüglich ein geeignetes Instrument dar.

Dabei darf jedoch das Interesse auf ein **fares Vergabeverfahren** nicht zu kurz kommen. Dafür sprechen unions-, und verfassungsrechtliche sowie auch wirtschaftsordnungspolitische Argumente. Staatliches Handeln darf in einer demokratischen Gesellschaft nicht willkürlich erfolgen. Daher muss dessen Handeln publik und transparent geschehen. Nur so kann ein effizienter Rechtsschutz für den Bürger gewährleistet werden.

Leider lassen sich diese beiden Interessen – einerseits das „Kosteneinsparungsinteresse“ und andererseits das Interesse auf ein faires Vergabeverfahren – nur schwer miteinander verbinden. Will man den Rechtsschutz des übergangenen Bieters erhöhen, so muss die Transparenz des Vergabeverfahrens gesteigert werden. Dadurch entstehen der öffentlichen Hand jedoch wiederum erhöhte Ausgaben. Will man Kosten einsparen, indem man den Vergabeakt unkompliziert und rasch durchführt, kommt der Rechtsschutz zu kurz.

Der Gesetzgeber muss somit einen Mittelweg finden um eine **Balance** zwischen diesen divergierenden Anliegen zu gestalten. In der Vergangenheit wurde dabei eher dem „Kosteneinsparungsinteresse“ der Vorzug gegeben. Das hat zu einer – in einem Rechtsstaat – nicht hinnehmbaren Situation geführt. Nach der Gesetzeslage des BVergG 2006 idF Novelle 2010 stellt sich der Rechtsschutz bei unzulässigen Direktvergaben nämlich mehr als nur

beschwerlich dar. Zumeist entfällt dieser zur Gänze, da der übergangene Bieter gar nicht von der direkten Auftragsvergabe erfährt. Der eigentliche Bestbieter sieht zumeist durch die Finger.

➔ Vor allem aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben findet jedoch aktuell ein Umdenken statt. Trotz schwerwiegender finanzieller Probleme der öffentlichen Hand, wird dem Rechtsschutz bei Bagatellaufträgen nun mehr Rechnung getragen. Mit der neuen Vergabeart der **„Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“**, wird ein vernünftiger Versuch gestartet einen Ausgleich zwischen den genannten Interessen zu schaffen. Auch die Auftragsvergabe von Bagatellaufträgen wird nun transparenter gestaltet. Dabei halten sich die Verwaltungskosten bei dieser Vergabeart in einem akzeptablen Rahmen. Mit der Möglichkeit von der unzulässigen „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ zu erfahren, hat der übergangene Bieter nun auch de-facto eine Rechtsschutzmöglichkeit.

Sollte sich diese neue Vergabeart in der Praxis bewähren und sollte dabei kein schmerzhafter Anstieg der Verwaltungskosten festgestellt werden, so sollte man eine Ausdehnung dieser Vergabeart auch auf den Bereich unterhalb der EUR 50.000,- Subschwelle in Erwägung ziehen. Die – in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbare – „klassische“ Direktvergabe sollte demnach bald der Vergangenheit angehören.

Bei einem besonders großem Erfolg dieser neuen Vergabeart sollte man sogar eine Ausdehnung nach oben hin (bezogen auf die Subschwellenwerte) in Betracht ziehen.

➔ Neben der Förderung der „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“, sollte man den Vergabeakt bei Bagatellaufträgen um einfach umsetzbare – und vor allem wenig kostenintensive – **„Transparenz-, und Publizitäts-Elemente“** anreichern. So sprechen für mich etwa gute Gründe dafür, das **Schriftformerfordernis** auch bei der Direktvergabe umzusetzen. Durch den schriftlichen Vertragsabschluss werden die Verwaltungskosten einerseits nicht (oder nur kaum) erhöht und andererseits ist der Vergabeakt für die Öffentlichkeit dadurch leichter zu überprüfen.

Ebenso sollte eine **Dokumentation** iSd § 42 Abs 2 BVergG 2006 idF Novelle 2010 **jedenfalls** stattfinden müssen. Das Tatbestandselement „...sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist“, sollte daher gestrichen werden. Diese

Dokumentation erhöht die Publizität des Vergabeaktes und erzeugt dabei keine unverhältnismäßig hohen Kosten.

➔ Im Bereich des Nachprüfungsverfahrens bei Direktvergabe sollte es mM zu einer Ausdehnung der „**gesondert anfechtbaren Entscheidungen**“ kommen. Nach derzeitiger Gesetzeslage bleibt die Direktvergabe an einen ungeeigneten Bieter – was einen Verstoß gegen die Grundsätze des Vergaberechts darstellt – vor Zuschlagserteilung derzeit unanfechtbar. Auch eine weitergehende Rechtsschutzmöglichkeit ist – nach derzeitiger strenger Gesetzesauslegung – diesbezüglich nicht möglich.

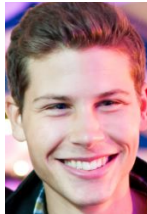
➔ Auch ein Umdenken im Bereich der **absoluten Präklusionsfristen** im Zuge eines Rechtsschutzverfahrens wäre überlegenswert. Sehr oft erfährt der übergangene Bieter erst nach Ablauf dieser Präklusionsfristen von der unzulässigen Direktvergabe. Anstatt auf die objektiven und starren Anfechtungsfristen zu beharren, sollte man daher eine konkrete Interessenabwägung in Betracht ziehen. Stehen der Vertragsaufhebung, nach einer gravierend unzulässigen Direktvergabe, keine schutzwürdigen Interessen entgegen, so sollte man diese rechtswidrige Vorgehensweise nicht mit einer Bestandkraft des Rechtsgeschäftes „belohnen“.

➔ Besonders problematisch stellen sich die Probleme im Bereich des **zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches** als Folge einer unzulässigen Direktvergabe dar. Hier ist vor allem nicht ersichtlich, wie der übergangene Bieter den „Bestbieterbeweis“ für den Ersatz des Nichterfüllungsinteresses vor den Zivilgerichten erbringen soll. In solch einem Fall wäre die Unwirksamkeitserklärung durch die Vergabekontrollbehörde wohl die einzig wirksame Sanktion. Auf diese Weise würde der Auftrag wieder auf den Markt kommen und der Bestbieter hätte wieder eine Chance auf die Auftragserteilung. Demnach müssen diesbezügliche Lösungsansätze wohl eher im Bereich des vergabebehördlichen Rechtsschutzes gesucht werden.

➔ Wie sich gezeigt hat, würde eine Anhebung des strafrechtlichen Sanktionsrahmens bei untreuen Direktvergaben nicht den gewünschten präventiven Effekt zeigen. Der Grund dafür liegt nämlich im geringen Grad der Wahrscheinlichkeit einer Sanktionierung. Trotzdem – oder gerade deswegen – muss in diesem Bereich eine **Bewusstseinsbildung** einsetzen. Der Machthaber muss sich klar sein, dass er sich mit einer solchen Vorgehensweise auf dünnem Eis bewegt. Als „positives“ Beispiel kann diesbezüglich die „Skylink-Affäre“ genannt werden.

Lebenslauf

Mag. iur. Tobias Tretzmüller



Hofkirchnergasse 3/2/23; 3400 Klosterneuburg
Tel: (01) 8690373; Handy: 0664/5307618; Fax: (01)8690373
E-Mail: tt87@gmx.at

Geburtsdatum: 17.04.1987, Wien

Staatsbürgerschaft: Austria

Bildungs-Laufbahn:

Volksschule:	Perchtoldsdorf 1994 - 1998
Gymnasium:	Mr. Enzersdorf 1998 - 2005
Bundesheer:	2007
Universität:	Juridicum Wien 2005 - 2011 (ab 2011 Doktoratsstudium)
Erasmus:	University College Dublin 2011 - 2012

Jobs:

Juli 2004:	Marktgemeinde Perchtoldsdorf - Hilfsarbeiter
Juli, August 2005:	Wochenzeitung NÖN NÖ Versicherung - Marketing

Juli, August 2006:	AMI Promarketing - Veranstaltungsorganisation
Juli 2007:	Freiwillige Verlängerung Bundesheer;
August, September 2007:	AMI Promarketing - Veranstaltungsorganisation
Juli 2008 bis Jänner 2010:	Heid Schiefer Rechtsanwälte
seit März 2010:	Dullinger Schneider Rechtsanwälte
seit Oktober 2011:	Verkäufer bei Abercrombie & Fitch (Dublin)

Sonstige Kenntnisse:

Sprachen:	Englisch (fließend), Spanisch (Maturaniveau)
IT:	Word, Excel, PowerPoint

<u>Persönliche Eigenschaften:</u>	zielorientiert, motiviert, teamfähig, fleißig, lebensfroh
--	--

Hobbies:

Sport:	Fußball (Gebietsliga), Rad, Tennis
Kultur:	Theater, Rockmusik, Geschichte